La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú

Compendio de legislación y jurisprudencia

Juan Carlos Ruiz Molleda

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

Brot für die Welt

Brot
für die Welt

La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú
Compendio de legislación y jurisprudencia

Juan Carlos Ruiz Molleda

La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú
Compendio de legislación y jurisprudencia

© Instituto de Defensa Legal:
Área de Pueblos Indígenas

Edición y elaboración de contenidos: Juan Carlos Ruiz Molleda

Instituto de Defensa Legal
Avenida Del Parque Norte Nº 829
Urb. Córpac, San Isidro, Lima
T. (511) 617 5700
www.idl.org.pe
www.justiciaviva.org.pe
www.justiciaenlosandes.org

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de Perú N° 2013-04737

Lima, noviembre de 2012
Primera edición: 1000 ejemplares.

Impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespucio 110 COVIMA La Molina
Telf 349 6636
Info@roblerojo.com
www. Roblerojo.com

La publicación de este volumen se realiza gracias al apoyo de Pan para el Mundo de Alemania, la cual no necesariamente comparte los criterios aquí expuestos.

A mis princesas Laura y Camila

Índice

Presentación 11

Capitulo 1
Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas 13

1. Convenio 169 de la OIT 13
2. Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas 24

Capítulo 2
Marco normativo nacional sobre la consulta previa 35

3. Ley de consulta previa (Ley N° 29785) 35
4. Reglamento de la Ley de consulta previa (D.S. N° 001-2012-MC) 41
5. Casos en los que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento como requisito adicional a la consulta previa 57
6. Resolución Ministerial 350-2012-MEM que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa. 63
7. Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas aprobado por Decreto Supremo Nº 038-2001-AG (normas pertinentes) 66
8. Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas R.M. Nº 596-2002-EM/DM 69
9. Decreto Supremo Nº 042-2003-EM, mediante la cual se establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias 76
10. Derogado Reglamento de actividades Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 023-2011-MINEM 78
11. Proyecto de Ley marco de la consulta a los pueblos indígenas elaborado por AIDESEP para la Mesa N° 4 (Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico) 88

Capítulo 3
Normas pertinentes para los pueblos indígenas en la normatividad nacional 115

12. Constitución Política de 1993 (Normas relevantes para la consulta previa) 115
13. Código Procesal Constitucional (Normas relevantes para la consulta previa) 125
14. Ley General de Procedimientos Administrativos (Normas relevantes para el derecho a la consulta previa) 131
15. Normas sobre obligación de los gobiernos regionales de invertir recursos del canon y sobre canon petrolero a favor de pueblos indígenas (Decreto de Urgencia N° 28-2006 y Decreto de Urgencia N° 26-2010. 134
16. Ley de desplazamientos internos, Ley N° 28223. 140
17. Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobada por Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH 148
18. Directiva Nº 03-2012/MC, aprobada por la Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC titulada «Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios» 155

19. «Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial» (Ley N° 28736) 161
20. Normas sobre servidumbre petrolera 164
21. Normas sobre servidumbre minera 170

Capítulo 4
La consulta prelegislativa 175
22. Proyecto de Reglamento del Procedimiento Legislativo de Consulta previa a los Pueblos indígenas presentado por la Congresista Verónika Mendoza 175
23. Propuesta del Instituto de Defensa Legal para la regulación del derecho a la consulta prelegislativa a pueblos indígenas, la iniciativa legislativa indígena y los canales de comunicación entre el Parlamento y los pueblos indígenas 190

Capítulo 5
Sobre las concesiones mineras y la adjudicación de lotes petroleros 197
24. Marco normativo sobre las concesiones mineras 197
25. Sobre la adjudicación de lotes petroleros 205

Capitulo 6
Las normas de participación ciudadana en materia minera y de hidrocarburos que no reemplazan la consulta previa 211
26. Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero, aprobado por Decreto Supremo Nº 028-2008-EM 211
27. Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2008-EM. 220
28. Resolución Ministerial 304-2008 - MRM - MD que regula la participación ciudadana en el sector minero 231
29. El TC se pronunció señalando que estas normas solo desarrollan talleres informativos y no exoneran al Estado de la obligación de consultar 233
30. ¿Cómo negociar con el Estado y con las empresas extractivas? 234

Capitulo 7
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa 237
31. STC 03343-2007-PA 237
32. STC 00022-2009-PI 242
33. STC 05427-2009-PC 261
34. STC 06316-2009-PA 296
35. STC 06316-2009-PA (Resolución aclaratoria) 309
36. STC 00024-2009-PI 311
37. STC 00025-2009-PI 317
38. STC 01126-2011-HC 328
39. El test de proporcionalidad para resolver conflictos entre derechos de pueblos indígenas y actividades extractivas 333
40. Síntesis de reglas jurisprudenciales del TC en materia de consulta 335
41. Sumilla de sentencias de Cortes constitucionales sobre el derecho a la consulta previa 339

Capítulo 8
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas 343
42. Sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Saramaka vs Surinam 343
43. Sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Sarayacu vs. Ecuador 352
44. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 401

Anexos 407

Presentación

La presente publicación tiene como objetivo proporcionar un texto sencillo que reúna las normas que regulan el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en nuestro país. Nos referimos a las normas nacionales, a los tratados internacionales de derechos humanos, como a la jurisprudencia obligatoria tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La configuración del contenido constitucional del derecho a la consulta previa, no solo se debe hacer desde lo que establecen la ley de consulta y su reglamento, sino a partir de lo establecido en las diferentes fuentes derecho nacional e internacional que han precisado el derecho a la consulta, con especial preeminencia de aquellas fuentes de gerarquía constitucional.

En tal sentido, existen reglas jurídicas obligatorias referidas a la consulta previa que están dispersas en diferentes leyes y sentencias vinculantes, y a las cuales el lector no especializado difícilmente podrá acceder, a pesar de su fuerza normativa y su carácter obligatorio.

Consideramos que este material será útil para los diferentes actores que participaran en los diversos procesos de consulta previa que se convocaran, sean estos líderes de pueblos indígenas, funcionarios públicos, operadores del sistema de justicia, periodistas y público en general. Incluso para aquellos que quieren tener un mejor conocimiento de las normas que regulan los derechos de los pueblos indígenas.

Estamos convencidos que la solución a los conflictos surgidos entre pueblos indígenas, Estado y empresas extractivas debe darse dentro del Estado de Derecho, es decir en el marco del cumplimiento de las normas legales y constitucionales, especialmente de las normas que reconocen derechos a los pueblos indígenas. Por ello, resulta de vital importancia que los pueblos indígenas puedan no solo «conocer» sino «apropiarse» del ordenamiento jurídico, para exigir sus derechos al Estado y a las empresas. Ciertamente esta exigibilidad no solo se debe plantear ante las autoridades políticas, sino también ante los tribunales de justicia, cuando el Gobierno y las empresas privadas no quiere cumplir con las normas que reconocen estos derechos.

Una vez más debemos decirlo, no se trata de ponerle trabas al gobierno y a la política energética, es decir de oponerse a las actividades de explotación minera o hidrocarburifera. Estas actividades son importantes para el país y gozan de cobertura normativa e incluso constitucional. De lo que se trata es de armonizar, de articular y de compatibilizar estas actividades, con los derechos de los pueblos indígenas y con los estándares de protección del medio ambiente. En tal sentido, no debemos esencializar las actividades extractivas ni los derechos de los pueblos indígenas, ambas tienen cobertura constitucional.

Esperamos que esta publicación ayude a dar herramientas a los pueblos indígenas que en nuestro país intentan reivindicar los derechos de los pueblos indígenas. Si eso lo logramos, nos sentiremos satisfechos sabiendo que el esfuerzo valió la pena.

Finalmente, queremos agradecer el apoyo de la Fundación Alemana Pan para el Mundo y al Instituto de Defensa Legal, por el apoyo y respaldo siempre constante, y de manera especial a Sandy El Berr y a Graciela Lavado, sin las cuales esta publicación no se habría concretado.

El autor

Capitulo 1
Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas

CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES 1989

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957;

Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y
Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política general

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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad 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.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:
a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;
c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

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

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio

ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8
1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9
1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10
1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11
La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12
Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

Artículo 13
1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con

las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14
1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15
1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16
1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron sus traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban

anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17
1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18
La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19
Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:
a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Parte III. Contratación y condiciones de empleo

Artículo 20
1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.
2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:
a) acceso al empleo, incluidos los empleo calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.
3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.
4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales

Artículo 21
Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22
1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a sus disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23
1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.
2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Parte V. Seguridad social y salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Parte VI. Educación y medios de comunicación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos 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. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. 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.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las menguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29
Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30
1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31
Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Artículo 32
Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

Artículo 33
1. 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.
2. Tales programas deberán incluir:
a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
b) la proposición de medidas legislativas y de otras índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones generales

Artículo 34
La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35
La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Parte X. Disposiciones finales

Artículo 36
Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37
Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38
1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado al Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39
1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40
1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:
a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, *ipso jure,* la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.
2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
Naciones Unidas
La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

*Reconociendo también_* la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados, *Celebrando_* que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Reconociendo que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,
Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Destacando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1
Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 2
Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3
Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4
Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5
Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6
Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7
1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8
1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;

c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9
Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo 10
Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.
2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.
2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos.
3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

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

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.
2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.
2. Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.
2. Las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho.

Artículo 37
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38
Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39
Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40
Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41
Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42
Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo 43
Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44
Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.
2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.
3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

Naciones Unidas

Capítulo 2
Marco normativo nacional sobre la consulta previa

LEY Nº 29785

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:
El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

TÍTULO I
ASPECTOS GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Artículo 2. Derecho a la consulta
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. 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.

Artículo 3. 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, 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.

Artículo 4. Principios
Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:
a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

b) 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.
c) 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.
d) 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.
e) 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.
f) 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.
g) 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.

TÍTULO II
PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

Artículo 5. 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.

Artículo 6. Forma 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.

Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios
Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:
a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
c) Instituciones sociales y costumbres propias.
d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.
Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

TÍTULO III
ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 8. Etapas del proceso de consulta

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

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

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta

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.

Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados

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.

Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa

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.

Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa

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.

Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios
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.

Artículo 14. 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.

Artículo 15. 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.
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.

Artículo 16. 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.

TÍTULO IV
OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 17. 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.

Artículo 18. Recursos para la consulta
Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fi n de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.

Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo
Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:
a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
b) 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.
c) 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.
d) 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.
e) 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.
f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.
g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.
h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.
i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.

Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios
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:
a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
b) Referencias geográficas y de acceso.
c) Información cultural y étnica relevante.
d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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.

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.

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.

CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fi n de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello. Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta y un días del mes de agosto de dos mil once.
DANIEL ABUGATTÁS MAJLUF
Presidente del Congreso de la República
MANUEL ARTURO MERINO DE LAMA
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE
LA REPÚBLICA
POR TANTO:
Mando se publique y cumpla.
Dado en el distrito de Imaza, a los seis días del mes de
septiembre del año dos mil once.
OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República
SALOMÓN LERNER GHITIS
Presidente del Consejo de Ministros

DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC
Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que, el numeral 19) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación;

Que, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional;

Que, es objetivo prioritario del Estado garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas, así como el pleno acceso a las garantías propias del Estado de Derecho, respetando sus valores, costumbres y perspectivas;

Que, mediante Ley Nº 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se 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, la cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253;

Que, a través de la Resolución Suprema Nº 337-2011-PCM, se crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal con el objeto de emitir un informe a través del cual se proponga el proyecto de Reglamento de la Ley Nº 29785, con la participación de representantes de organizaciones indígenas de alcance nacional y del Poder Ejecutivo, la cual fue instalada en Lima, el 22 de noviembre de 2011;

Que, la Comisión Multisectorial, ha cumplido con emitir un informe final que recoge el proyecto de Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en cuya elaboración se siguieron las etapas previstas en el artículo 8º de la Ley Nº 29785, por lo que, es pertinente su aprobación;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) artículo 118 de la Constitución Política del Perú, así como el numeral 3) artículo 11 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
DECRETA:

Artículo 1º.- Aprobación del Reglamento
Apruébese el Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual consta de treinta (30) artículos y dieciséis (16) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, los que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2º.- Vigencia
El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.

Artículo 3º.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Cultura.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de abril del año dos mil doce.
OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República
ÓSCAR VALDÉS DANCUART
Presidente del Consejo de Ministros
LUIS ALBERTO PEIRANO FALCONÍ
Ministro de Cultura

Reglamento de la Ley Nº 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

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Del objeto
1.1 La presente norma, en adelante «el Reglamento», tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 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, en adelante «La Ley», para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.
1.2 El derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley y en el Reglamento.
1.3 El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.
1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.5 El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación

2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

Artículo 3º.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) 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.

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

c) 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.

d) Buena Fe.- Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisible las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.

ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.

iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.
iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

e) Convenio 169 de la OIT.- Convenio OIT Nro. 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253.

f) 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.

g) 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. Las entidades promotoras son:

i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

h) 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.

i) 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.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

k) Pueblo Indígena u Originario.- Pueblo que desciende 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. Los criterios establecidos en el artículo 7º 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. En adelante se utilizará la expresión «pueblo indígena» para referirse a «pueblo indígena u originario».

l) 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.
m) 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. En el Reglamento se utilizará la expresión «organización representativa».
n) Representante.- Persona natural, miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectada directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a «representante» en el Reglamento se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6º de la Ley. El Plan de Consulta incluye la referencia al número de representantes conforme a los criterios señalados en el numeral 2 del artículo 10º del Reglamento. En el proceso de consulta, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado sólo podrán ejercer las funciones señaladas en el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento.

Artículo 4º.- Contenido de la medida legislativa o administrativa
El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

TÍTULO II
ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 5º.- De la obligación de consultar
La obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que:
a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;
b) Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado;
c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento;
d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta;
e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y

en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo;

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

g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores;

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 6º.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66º de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3º, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos

donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

Artículo 7º.- Sujetos del derecho a la consulta

7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

7.2 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.

Artículo 8º.- Identificación de los sujetos del derecho

8.1 La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.

8.2 En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso.

Artículo 9º.- Derecho de petición

9.1 El o los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos. El derecho de petición se ejercerá por una sola vez y nunca simultáneamente.

El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial. En este último supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa.

La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable.

9.2 En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa.

La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.

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

Artículo 10º.- Acreditación de representantes

10.1 El o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta

ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento.
Quien presente el documento formal de acreditación debe ser la persona que aparece registrada en la Base de Datos Oficial como representante de la organización representativa del o los pueblos indígenas.
10.2 El número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.
10.3 La falta de organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica.
10.4 El o los pueblos indígenas, dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento.
En caso no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes.

Artículo 11º.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta
11.1 La Entidad promotora es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes.
11.2 Los y las intérpretes, facilitadores y facilitadoras deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.
11.3 Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería.
11.4 La Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones.

Artículo 12º.- De la participación de interesados en las medidas administrativas
Cuando la medida administrativa sometida a consulta haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta.

Artículo 13º.- De la metodología
El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica.

TÍTULO III
DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 14º.- Inicio del proceso
El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley y el Título I de la presente norma.

Artículo 15º.- Reuniones preparatorias
Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.
También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento.

Artículo 16º.- Del Plan de Consulta
El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:
a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Artículo 17º.- Etapa de publicidad de la medida
Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta.
Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora.

Artículo 18º.- Etapa de información
18.1 Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora.
18.2 La información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural.
18.3 La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida.

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

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

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

19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

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

19. 5 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.

19.6 En caso de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo.

19.7 La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Artículo 20º.- Etapa de diálogo

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

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

20.3 En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

20.4 Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.
20.5 La entidad promotora deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta; de conformidad con lo señalado en el artículo 26º del Reglamento.
20.6 El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.
20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:
a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso.

Artículo 21º.- Suspensión y abandono del proceso de diálogo
21.1 Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.
Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas.
En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.
21.2 El o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley y el Reglamento para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.

Artículo 22º.- Acta de consulta
22.1 En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.
22.2 El Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora.

De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.

Artículo 23º.- Etapa de decisión

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

23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

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

Artículo 24º.- Plazo máximo del proceso de consulta

El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Artículo 25º.- Informe de consulta

Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:

a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
b) El Plan de Consulta.
c) Desarrollo del proceso.
d) Acta de Consulta.
e) Decisión adoptada, de ser el caso.

El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta.

Artículo 26º.- Financiamiento del proceso de consulta

26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.

26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.

26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.1 Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

27.2 Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.
27.3 El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
27.4 Conforme al numeral 8 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.
27.5 Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.
27.6 La consulta de los proyectos de Decretos Legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
27.7 La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú.

TÍTULO IV
DE LAS FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

Artículo 28º.- Funciones del Viceministerio de Interculturalidad
Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:
1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.

6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

Artículo 29º.- Base de Datos Oficial
29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.
29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.
29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Artículo 30º.- Deberes del funcionario público en el proceso de consulta
Los funcionarios y funcionarias públicos que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Aplicación del reglamento
Las entidades promotoras deberán aplicar los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de forma inmediata.

Segunda.- Seguimiento
La Presidencia del Consejo de Ministros creará una Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta, la cual estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en la aplicación del presente Reglamento. Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear recomendaciones para la debida implementación y mejora en la aplicación del derecho a la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades.

Tercera.- Progresividad del Registro de Facilitadores e Intérpretes
La obligación establecida en el artículo 11.2 entrará en vigencia progresivamente conforme lo establezca el Ministerio de Cultura, mediante Resolución Ministerial, el cual definirá las medidas transitorias que correspondan. En tanto, los facilitadores e intérpretes son propuestos por el Viceministerio de Interculturalidad.

Cuarta.- Excepción a derecho de tramitación
El presente Decreto Supremo constituye la autorización prevista en el artículo 45º, numeral 45.1 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto de las tasas que cubran el costo del proceso de consulta.

Quinta.- Derecho a la participación
Conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta.

Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental
El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión.

Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.
El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:
a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

Octava.- Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia
En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento.

Novena.- Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial
Modifíquese el artículo 35º del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:
«Artículo 35º.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.
La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.
Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.»

Décima.- Participación en los beneficios
Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

Décimo Primera.- Publicación de la Guía Metodológica
La Guía Metodológica se publicará en el portal web del Ministerio de Cultura dentro de los treinta (30) días calendario contados desde la entrada en vigencia del Reglamento. El Viceministerio de Interculturalidad realizará actualizaciones periódicas de dicho documento.

Décimo Segunda.- Medidas administrativas complementarias
Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.

Décimo Tercera.- Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada
En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

Décimo Cuarta.- Reinicio de Actividad
No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados.

Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos
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.

Décimo Sexta.- Financiamiento
La aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Casos en los que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento como requisito adicional a la consulta previa

El Convenio 169 de la OIT, la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Saramaka vs. Surinam, la Ley Nº 26839 (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica), y la Ley Nº 28223 (Ley sobre los desplazamientos internos), reconocen en determinados casos, la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, como requisito adicional a la obligación de realizar el proceso de consulta.

No confundir la obligación de obtener el consentimiento con el objetivo de la consulta de ponerse de acuerdo

No debemos confundir el consentimiento, como objetivo orientador de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia como pueblos indígenas. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar. No obstante ello, el Gobierno ha desconocido la obligación del Estado de obtener el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas en determinados casos, o como lo llama la CIDH en un reciente informe, «El deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado»[1].

El consentimiento como objetivo de todo proceso de consulta, está reconocido en forma expresa por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT cuando reconoce en el artículo 6.2 que *«Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» (subrayado nuestro).* Esta norma debe interpretarse conformidad con el artículo 19 de la DNUDPI.

> *Artículo 19*
> *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado. (Subrayado nuestro)*

La obligación de obtener consentimiento es una excepción a la regla general que dice que si no hay acuerdo en la consulta previa el Estado decide

Sin embargo, si bien la regla general es que en caso de desacuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado, decide este último tal como lo señala el artículo 15 de la Ley de consulta previa, esta regla admite varias excepciones, 1) cuando estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura; 2) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas; 3) cuando exista almacenamiento de

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 125.

materiales tóxicos; 4) en casos de medidas especiales para la protección de los pueblos indígenas; 5) cuando se trata de la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; y 6) cuando una limitación o restricción de un derecho de un pueblo indígena, no supera el test de proporcionalidad.

Supuestos donde se exige consentimiento

La obligación del Estado de obtener el consentimiento está reconocida en vía de excepción en los siguientes supuestos:

a.- Desplazamientos

En relación con el primer caso el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT establece que *«Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa».* Esta misma regla también puede ser encontrada en el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual establece que «*Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso».*

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Nº 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el artículo 7, inciso 1, *«Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual»*. En el inciso 2 letra «c» del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *«En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial».*

En el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT, se contempla el supuesto que se pueda desplazar a los pueblos indígenas de su territorio, incluso contra su voluntad, deberá entenderse que ello solo es posible cuando exista realmente una necesidad pública y un interés público, debidamente acreditado y sustentado, y no un simple interés privado.

El artículo 8 inciso 1 de la norma exige la realización del test de ponderación a través del principio de proporcionalidad. Según este *«Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos».*

En el caso de pueblos indígenas, el artículo 9 establece la obligación especial del Estado de proteger a los pueblos indígenas contra los desplazamientos forzados. Según esta norma *«El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma».*

Por último, esta regla ha sido reconocida en la letra «a» de la sétima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la ley de consulta previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-

MC. Esta norma precisa que se trata de una garantía a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Esta norma precisa que *«Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos»*.

b.- Planes de desarrollo o de inversión a gran escala

La Corte Interamericana también ha reconocido en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en éstos . La Corte IDH ha señalado que *«cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones»*[2]. (Subrayado nuestro)

El problema es cómo precisar este supuesto. Esta interrogante ha sido respondida por la Corte IDH en la sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.* En ella este colegiado no solo estableció la anterior regla, adicionalmente identificó algunos criterios que permiten determinar si un proyecto o plan de desarrollo o inversión tendrá un impacto significativo en un territorio protegido y si las comunidades tendrán que enfrentar cambios sociales y económicos profundos[3]. Los efectos previstos que sirven como criterios para determinar que se está en presencia de proyectos o planes que tendrán impactos mayores son aquellos que implican:

«[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales […] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia» (Sentencia Corte IDH, Caso Saramaka vs Suriname, fondo, párrafo 134).

De este párrafo se pueden desprender los siguientes supuestos:

1. la pérdida de territorios y tierra tradicional,
2. el desalojo,
3. la migración,
4. el posible reasentamiento,
5. el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural,
6. la destrucción y contaminación del ambiente tradicional,
7. la desorganización social y comunitaria,

[2] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134.
[3] Maria Clara Galvis, Consulta, consentimiento y veto, en Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal Número 14, Año 3, septiembre de 2010, pág. 11.

8. los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración
9. el abuso y la violencia[4].

Según el Relator Especial de la ONU, cuando un proyecto tiene efectos como alguno de los indicados, *«[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo»*[5]. Finalmente, sobre el punto el actual Relator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas ha dicho que *«se requiere el consentimiento indígena, en el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos»*[6]. (Subrayado nuestro)

c.- Manipulación de sustancias tóxicas

Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 29.2)[7].

> *«Artículo 29*
> *[…]*
> *2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado».*

En definitiva, si bien es cierto que la Corte IDH no precisa que estamos ante un «derecho» sino ante una obligación del Estado, no se puede poner en duda la existencia de una regla jurídica de naturaleza vinculante[8]. Se trata en realidad de un derecho emergente que está en proceso de configuración. Lo que está regulada es la dimensión objetiva del Estado de protegerla, la cual evidentemente tiene como contrapartida, la dimensión subjetiva. Esta regla también ha sido reconocida en letra «b» de la sétima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la ley de consulta previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-MC. Aquí también se precisa que se trata de una garantía a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Dicha norma, sin citar el artículo 29 de la

---

[4] ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 134.

[5] ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Cit., párr. 66.

[6] Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo» aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, pág. 3: «El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos».

[7] María Clara Galvis, Amicus Curiae presentado en el Caso Majes Siguas II por la Fundación del Debido Proceso.

[8] La Corte Constitucional Colombiana, primero en la sentencia T-769 de 2009 y luego en la T-129 de 2011, se han hecho de esta regla, razón por la cual resulta útil su revisión.

DNUDPI, precisa que «*No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos*». Sobre esto volveremos más tarde.

d.- Medidas especiales en favor de pueblos indígenas

Otro supuesto de consentimiento es el referido a las medidas especiales. Según el artículo 4 inciso del Convenio 169 de la OIT, «Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados». Añade en el inciso 2 que «Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados». (Subrayado nuestro).

e.- Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas

Según el artículo 23 de la Ley Nº 26839, publicada el 16 de julio del 1997, (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica), se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. A continuación señala que «*se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización*». (Subrayado nuestro)

f.- Cuando se demuestre a través de la ponderación que los bienes jurídicos afectados de los pueblos indígenas son de mayor entidad constitucional que aquellos bienes que se intenta concretar

Finalmente, una decisión administrativa, como por ejemplo una actividad extractiva, que no está en ninguno de los supuestos antes descritos, no podrá realizarse sino pasa por el test de proporcionalidad. En otras palabras, las medidas administrativas propuestas deben cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, en caso que ellas limiten o afecten los derechos de los pueblos indígenas. En dichos casos, dichas medidas legislativas solo serán válidas y constitucionales si dichas medidas representan una limitación o afectación idónea, necesaria y proporcional a los derechos de los pueblos indígenas. La medida restrictiva del derecho de los pueblos indígenas intervenido ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo, como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho y debe ser adecuada, apta e idónea para la protección de ese fin constitucional legítimo. En segundo lugar, debe acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. En tercer lugar, la medida será proporcional si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos de los pueblos indígenas es menos gravosa en comparación con la intensidad de la afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueve la medida a implementarse, de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho del pueblo indígena es más grave, la medida deberá ser prohibida por su inconstitucionalidad.

Tal como lo hemos sostenido en otra oportunidad, el derecho al consentimiento constituye una concreción o materialización del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho debe ser tenido en cuenta al momento de realizarse el proceso de consulta previa sin lugar a dudas, y refuerza y mejora la capacidad de negociación de los pueblos indígenas, sin lugar a dudas.

Resolución Ministerial 350-2012-MEM que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa.
RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 350-2012-MEM/

Lima 20 de julio de 2012

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley Nº 29785, Ley de derechos a la consulta previa a los pueblos indígenas y originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se desarrolló el contenido, los principios rectores y el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas y originarios, frente a medidas legislativas o administrativas que puedan afectar de manera directa sus derechos colectivos,

Que, el artículo 3 del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado mediante Decreto supremos Nº 001-2012-MC, dispone que son entidades promotoras aquellas entidades públicas responsables de dictar medidas legislativas o administrativas que serán objeto de consulta, estableciendo que se encuentran en tal definición, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Que, para el cumplimiento del artículo 26º del Decreto Supremo Nº 001-2012-MC y a fin de hacer efectivo el cumplimiento del derecho a la consulta previa, cada entidad promotora deberá definir los procedimientos administrativos en los que será aplicable el proceso de consulta previa, el órgano de línea competente y la oportunidad en la que deberá ser realizada.

Con la opinión favorable del Viceministro de Energía y de acuerdo al literal h) del artículo 9º del Reglamento de Organizaciones y funciones del Ministerio de energía y Minas, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 031-2007-EM, la Ley Nº 29158- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el decreto Ley Nº 25962 – Ley Orgánica del Sector Energía y Minas.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Aprobar 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, los mismos que se detallan a continuación:

Procedimientos Administrativo	**Oportunidad del Proceso de consulta**	**Dirección a cargo**
Concesión de transporte de hidrocarburos por ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos.
Concesión de distribución de gas natural por red de ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos.
Modificación de la concesión (sólo si se trata de ampliación)	Antes de otorgar la modificación.	Dirección General de Hidrocarburos.
Autorización de la instalación y operación de ducto par uso propio y principal.	Antes de otorgar la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.
Modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (sólo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto).	Antes de otorgar la modificación de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.
Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasíferos.	Antes de emitir el Decreto Supremo.	PETROPERU S.A.
Informe Técnico Favorable para la instalación de Plantas de Refinación y Procedimientos de	Previo a la emisión de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del Proceso de consulta	Dirección a cargo
Otorgamiento de concesión definitiva de generación, transmisión y distribución.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de Concesión Rural.	Antes de otorga la concesión.	Dirección general de Electricidad.
Modificación de concesión definitiva de generación y transmisión (sólo si implica ocupación de nuevas áreas).	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de Autorización de generación termoeléctrica.	Antes de la autorización.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de autorización para exploración de recursos geotérmicos.	Antes de la autorización.	Dirección general de Electricidad.
Otorgamiento de concesión para explotación de recursos geotérmicos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Primera.- La Oficina general de Gestión Social del Ministerio de energía y Minas deberá brindar el apoyo requerido a los órganos de línea en el procedimiento de consulta previa.

Regístrese y comuníquese.

Jorge Merino Tafur
Ministro de energía y Minas

Aprueban el Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas
DECRETO SUPREMO
Nº 038-2001-AG

Artículo 43º.- Procedimientos de consulta para su creación
43.1 El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Area Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el «Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes» de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar.
43.2 Se pueden establecer Areas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales - Decreto Legislativo Nº 613.
43.3 En caso de existir indicios razonables de la existencia de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico, el dispositivo de creación del Area Natural Protegida salvaguarda sus derechos de propiedad y otros derechos adquiridos.

Artículo 55º.- Reservas Nacionales
55.1 Son áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la Autoridad Nacional competente.
55.2 La planificación del uso se realiza con amplia participación y consulta de las poblaciones aledañas o residentes en la Reserva Nacional. El aprovechamiento puede ser realizado por dichas poblaciones en forma prioritaria.
55.3 Aquellas actividades agrícolas y pecuarias en las áreas aptas en ejercicio, al momento de la declaración del área como reserva, pueden continuar pero asegurando el cumplimiento de los objetivos de la misma. Dentro de las Zonas de Uso Especial, las poblaciones locales pueden solicitar autorización para conducir actividades agrícolas o pecuarias, de carácter integral, en tierras con dicha aptitud.
55.4 Se prohíben las actividades de aprovechamiento forestal con fines madereros de carácter comercial, con excepción de las provenientes del manejo agroforestal, incluyendo el manejo y plantaciones de enriquecimiento de bosques secundarios, en las Zonas de Uso Especial.

Artículo 116º.- Procedimientos para operaciones de hidrocarburos o de minería
En caso de las actividades de hidrocarburos o de minería que se superpongan en todo o en parte con un Area Natural Protegida o su Zona de Amortiguamiento, se observa el siguiente procedimiento:
a) La autoridad sectorial competente debe coordinar previamente con el INRENA, para definir la compatibilidad de la actividad con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del área involucrada.
b) De existir la compatibilidad, la Dirección General emite una Directiva que establezca los condicionantes legales y técnicos que supone operar en el área involucrada, siempre buscando las mejores prácticas posibles;
c) Para el caso de tramitación de petitorios mineros ubicados en estas zonas, la concesión respectiva sólo puede otorgarse previo informe técnico favorable del INRENA;

d) La autoridad sectorial competente solicita al INRENA aportes a ser incorporados a los Términos de Referencia para la elaboración del EIA;
e) El EIA, debe incluir procedimientos de consulta pública, la cual se realiza en coordinación entre el sector correspondiente y el INRENA;
f) El EIA debe tener como mínimo el contenido establecido en el Artículo 95º del Reglamento y debe recibir la opinión técnica previa favorable del INRENA;
g) Se promueve el monitoreo independiente para la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas del EIA;
h) La Autoridad Sectorial Competente debe coordinar con el INRENA sus actividades en el área involucrada;
i) Las actividades propias de la operación como ingreso de personal, traslado de materiales, entre otros, deben estar contempladas en los Planes aprobados por la autoridad competente y ratificados por la Dirección General; sin perjuicio de ello, la empresa operadora debe solicitar en cada caso, las autorizaciones correspondientes al INRENA.

Artículo 166º.- De bioprospección
166.1 Las instituciones científicas extranjeras o los investigadores extranjeros que soliciten realizar investigaciones sobre bioprospección, deberán suscribir previamente, un acuerdo con una institución científica nacional.
166.2 Dicho acuerdo contiene una cláusula relativa a la responsabilidad solidaria de contar con un certificado de origen de la o las especies a investigar, así como el sometimiento, en el caso que sea aplicable, de la normatividad nacional e internacional relativa al acceso a recursos genéticos.
166.3 Cuando se involucren conocimientos tradicionales se requiere el consentimiento expreso de las comunidades nativas o campesinas, realizado en base a procesos transparentes de consulta de acuerdo a los procedimientos establecidos en el «Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes» de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y los previstos en la legislación específica de la materia.

Artículo 175º.- Procedimiento para el desarrollo de proyectos viales
El INRENA controla y supervisa la instalación de infraestructura al interior del Area Natural Protegida, a efectos de verificar el estricto cumplimiento de las condiciones indicadas en el EIA, documento análogo correspondiente o la autorización extendida considerando lo siguiente:
a) La autoridad sectorial competente debe coordinar previamente con el INRENA, para definir la compatibilidad del proyecto con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del área involucrada en función a su zonificación;
b) De existir compatibilidad, la autoridad sectorial competente solicita al INRENA aportes a ser incorporados a los Términos de Referencia para la elaboración del EIA;
c) El EIA debe incluir procedimientos de consulta pública, que en particular involucren a la población local interesada, comunidades campesinas o nativas;
d) El EIA debe tener como mínimo el contenido establecido en el Artículo 95º del Reglamento y debe recibir la opinión técnica previa favorable del INRENA;
e) La Autoridad Sectorial Competente debe coordinar con el INRENA sus actividades en el área involucrada;
f) Las actividades propias de la operación como ingreso de personal, traslado de materiales, instalación de campamentos y otros, deben ser reguladas mediante la Autorización correspondiente a fin de salvaguardar los valores naturales y culturales del Area Natural Protegida.

Sexta.- El INRENA aprueba mediante Resolución de su Jefe Institucional el «Programa Nacional de Participación Ciudadana para el SINANPE» y los procedimientos necesarios para las consultas necesarias previas al establecimiento de un Area Natural Protegida. Estos procedimientos deben contemplar lo establecido en el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes» de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, asegurando que las consultas sean consensuadas, públicas y respetuosas de la identidad cultural de las comunidades campesinas o nativas.

RESOLUCION MINISTERIAL Nº 596-2002-EM/DM.- Aprueba el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas

Nº 596-2002-EM/DM
Lima, 20 de diciembre de 2002
CONSIDERANDO:
Que, los numerales 5) y 17) del artículo 2º de la Constitución del Estado consagran el derecho de acceso a la información pública y el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, respectivamente;
Que, el Decreto Legislativo Nº 613, que aprueba el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, establece que toda persona tiene el derecho a participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales, y señala que toda persona tiene derecho a ser informada de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o la integridad del ambiente y los recursos naturales;
Que, la intervención de la sociedad civil en los procedimientos de evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental en el Sector Energía y Minas se da en el ejercicio de los derechos constitucionales de participación y acceso a la información, a los que se ha hecho referencia en el primer párrafo de la presente Resolución;
Que, mediante la Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM, de fecha 30 de diciembre de 1999, se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio de Energía y Minas, con la finalidad de normar la intervención de los ciudadanos en el procedimiento de evaluación de la documentación técnica en materia ambiental, que resulta necesaria para la autorización de actividades que regula y supervisa este sector;
Que, no obstante el trascendental avance logrado con la Resolución Ministerial aludida precedentemente, resulta necesario elaborar un nuevo reglamento en el cual se fortalezca la participación de la ciudadanía, habiéndose recogido para la elaboración de la presente Resolución Ministerial las propuestas formuladas por la Defensoría del Pueblo;
De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 25962, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas;
SE RESUELVE:
Artículo Unico.- Aprobar el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, el mismo que consta de doce (12) artículos, tres (3) disposiciones transitorias y dos (2) disposiciones finales las que forman parte integrante de la presente Resolución Ministerial.
Regístrese, comuníquese y publíquese.
JAIME QUIJANDRIA SALMON,
Ministro de Energía y Minas.

REGLAMENTO DE CONSULTA Y PARTICIPACION CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACION DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES EN EL SECTOR ENERGIA Y MINAS

Artículo 1º.- Objeto
El presente Reglamento 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.

Artículo 2º.- Definiciones
Para efectos de la adecuada aplicación de este Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:
2.1 Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA): Organo competente del Ministerio de Energía y Minas para implementar los procedimientos de consulta y participación ciudadana en la evaluación de los estudios ambientales a fin de desarrollar un proyecto minero o energético.
2.2 Titular del Proyecto: Personas naturales y/o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan realizar un proyecto minero o energético que requiera la evaluación del Ministerio de Energía y Minas.
2.3 Consulta: Es un proceso de información y diálogo entre el Titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. La consulta se realizará a través de reuniones dirigidas a las personas y organizaciones sociales; ello no implica un derecho a veto de los ciudadanos sobre el proyecto.
2.4 Reunión Participativa: Aquélla que es convocada por la autoridad o el Titular del proyecto, y que se realizará utilizando alguna metodología preestablecida para dar a conocer información y recoger opiniones de manera sistemática.
2.5 Participación: Intervención activa de la ciudadanía, especialmente de las personas que potencialmente podrían ser impactadas por el desarrollo de un proyecto minero o energético, en los procedimientos de aprobación de estudios ambientales.
2.6 Autoridad Regional: Es la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) perteneciente al Gobierno Regional, en cuyo territorio se desarrolla el proyecto.

Artículo 3º.- Procedimientos de consulta
A través de los procedimientos de consulta, el Titular, la Autoridad Regional y/o la DGAA, cuando corresponda, deberá informar y dialogar con personas naturales y/o organizaciones sociales, sobre todos los aspectos relevantes del proyecto minero o energético a ser ejecutado. La participación de la ciudadanía en los procedimientos de consulta se lleva a cabo mediante las siguientes modalidades:
3.1 Consulta Previa: Constituido por talleres previos, que serán convocados por la DGAA, en coordinación con la Autoridad Regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto minero o energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto. Su organización quedará a cargo del Estado y es aplicable en los siguientes casos:
a. Con anterioridad al inicio de los Estudios Ambientales y en las zonas de influencia del proyecto, el Estado podrá realizar reuniones informativas dirigidas a la ciudadanía, informándoles de sus derechos y deberes ciudadanos, legislación ambiental y de las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos.
b. Durante la elaboración del EIA o EIAsd, el Titular difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA o EIAsd, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. El Estado por su parte, a través de la DREM, informará sobre el marco jurídico aplicable.
c. Presentado el EIA o EIAsd al Ministerio de Energía y Minas, el Titular del proyecto explicará a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, los componentes del Estudio, especialmente

los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos. El número de talleres será determinado por la DGAA en coordinación con la DREM respectiva, en función de la envergadura del proyecto minero o energético y de su incidencia territorial. Dichos talleres podrán estar a cargo de la Autoridad Regional, de la DGAA o representantes del Titular del proyecto y de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd. Sin perjuicio de la realización de estos talleres, el Titular podrá efectuar actividades participativas con la población respecto a los alcances del proyecto minero o energético, en las cuales podrá intervenir la DGAA o la DREM como facilitadores del diálogo.
3.2 Audiencia Pública: Acto Público a cargo de la DGAA, en el cual se presenta a la ciudadanía el EIA o EIAsd ingresado al Ministerio de Energía y Minas, registrándose las observaciones que formulen los participantes de la misma. Según sea el caso, podrá delegarse este acto en la DREM respectiva; de ser así, todos los aspectos concernientes a la Audiencia podrán ser conducidos por la DREM respectiva.

Artículo 4º.- De la Audiencia Pública
Ingresado el EIA o EIAsd al Ministerio de Energía y Minas, y en lo posible con un mínimo de talleres participativos previos, la DGAA o la DREM -si cuenta con la delegación respectiva -, establecerán el lugar, día y hora para su sustentación en la Audiencia Pública correspondiente. Para tal fin, se tendrá en cuenta el centro poblado más cercano al proyecto y, el día y hora que garanticen una mayor asistencia de la población, según las disposiciones del artículo siguiente del presente Reglamento. Dependiendo de la envergadura del proyecto minero o energético y de su incidencia territorial, la DGAA podrá establecer más de una Audiencia Pública en la localidad más cercana y también en otras localidades.

Artículo 5º.- Difusión de la realización de la Audiencia Pública
La DGAA, en coordinación con el Titular, pondrá en conocimiento de la población involucrada el lugar, día y hora de la Audiencia Pública, a través de los siguientes medios de comunicación:
5.1 Un aviso en el Diario Oficial El Peruano y un aviso en un diario de mayor circulación en la localidad o localidades, con un mínimo de 40 días calendario antes de la fecha programada para la Audiencia. Una copia del aviso publicado en el Diario Oficial «El Peruano», deberá ser remitida por el Titular del proyecto a la Autoridad Regional al día siguiente de publicado; la que a su vez la remitirá a las Municipalidades de la zona de influencia directa del proyecto, en el término de la distancia.
5.2 Cuatro (4) anuncios diarios en una estación radial de mayor sintonía en la localidad o localidades dónde se desarrollará el proyecto, los cuales deben difundirse durante cinco (5) días después de publicado el aviso indicado en el numeral anterior, y durante diez (10) días antes de la realización de la Audiencia Pública, debiéndose precisar que el EIA o EIAsd y el Resumen Ejecutivo se encuentran a disposición de los interesados para su evaluación de considerarlo oportuno, conforme a lo señalado en el artículo 8º del presente Reglamento.

Artículo 6º.- Regulación relativa a la Audiencia Pública
La Audiencia Pública se llevará a cabo conforme a las siguientes disposiciones:
6.1 La DGAA deberá coordinar la habilitación de un local adecuado para efectuar la Audiencia Pública, en términos de capacidad, infraestructura y seguridad del local.
6.2 La Audiencia Pública estará a cargo de una mesa directiva conformada por un representante de la DGAA quien la presidirá, un representante del Gobierno Regional - DREM, quien actuará como secretario. Los alcaldes provinciales y distritales de las localidades involucradas o sus repres entantes serán invitados a integrar la mesa directiva; no obstante, su inasistencia no impedirá que se realice la

audiencia. Los funcionarios públicos del Sector Energía y Minas que participen en la mesa directiva serán designados conforme a la resolución que corresponda a su cargo.

6.3 Para garantizar la seguridad de las personas en el desarrollo de la Audiencia, la DGAA, en coordinación con la Autoridad Regional y la autoridad política del lugar, efectuará las previsiones que estime conveniente, pudiendo solicitar la presencia de efectivos de la PolicíaNacional del Perú.

6.4 La Audiencia Pública se realizará en idioma español o en el idioma predominante del lugar. Los representantes de la empresa o de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd, recurrirán a intérpretes, si por razones de idioma no pudieran comunicarse adecuadamente en la Audiencia Pública. Cuando corresponda, la mesa directiva deberá acreditar a un intérprete de lenguas de la localidad, si la población no hablara mayoritariamente el idioma español.

6.5 La mesa directiva no permitirá el ingreso a la Audiencia Pública de personas que se encuentren en evidente estado etílico o bajo la influencia de drogas.

6.6 El presidente de la mesa directiva dará inicio a la Audiencia Pública, invitando a los representantes de la empresa y de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd a que sustenten dicho estudio. Estas personas deberán haber acreditado su representatividad ante la mesa directiva antes del inicio de la exposición.

6.7 Concluida la sustentación, el presidente de la mesa directiva invitará a los participantes a formular sus preguntas por escrito o verbalmente, a través del intérprete acreditado si fuera el caso. Una vez contestadas las preguntas por los expositores, se dará paso a una segunda rueda de preguntas y/o aclaraciones finales. Cada pregunta deberá ser absuelta por los expositores o por los miembros de la mesa directiva inmediatamente después de formulada. Cada intervención para formular preguntas no podrá durar más de cinco minutos.

6.8 Si como consecuencia de las preguntas formuladas, el desarrollo de la Audiencia se excede del tiempo total fijado, se suspenderá la misma hasta el día siguiente. Las personas que no tuvieron la oportunidad de formular sus preguntas y deseen hacerlo en la siguiente sesión, deberán inscribirse en una lista que se distribuirá para tal efecto. En la segunda sesión de la Audiencia Pública sólo se otorgará el uso de la palabra a las personas que se inscribieron en la referida lista.

6.9 Luego de haberse absuelto todas las preguntas, los representantes de la Autoridad Regional, de la respectiva Municipalidad y de otras autoridades, tendrán un lapso máximo de cinco minutos por intervención para formular comentarios finales. A continuación, la mesa directiva recibirá de los participantes los documentos que éstos tengan a bien presentar. Las preguntas que por su complejidad o naturaleza requieran de una precisión adicional, serán respondidas complementariamente, por escrito, en el plazo de 5 días hábiles, formando dichas preguntas y respuestas parte del expediente.

6.10 La trascripción de las preguntas y respuestas formuladas en la Audiencia Pública, las respuestas complementarias que se remitan por escrito, así como los documentos recibidos por la mesa directiva, se adjuntarán al expediente del EIA o EIAsd y serán considerados en la evaluación correspondiente.

6.11 Todo lo expuesto y discutido en la Audiencia Pública deberá ser registrado con la ayuda de equipos de audio y, si fuera posible, a través de una grabación audiovisual. Asimismo, constará en acta el resumen de lo expuesto y discutido en la audiencia, la cual será firmada por los miembros de la mesa directiva, el representante del Titular del proyecto, el representante de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd y los participantes que deseen hacerlo.

6.12 Cualquier persona podrá tener acceso a una copia del acta, así como de la versión escrita de audio y grabación audiovisual de la audiencia, mediante el procedimiento de acceso a la información pública regulado en la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

6.13 Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de realización de la Audiencia Pública, el público interesado podrá alcanzar a la DGAA o a la Dirección Regional de Energía y Minas correspondiente, documentos con observaciones, propuestas y sugerencias. Dichos documentos y todos los anteriormente mencionados y presentados durante la Audiencia Pública, serán evaluados por

la DGAA y considerados en el informe correspondiente, formando parte del expediente ya sea como anexos o mediante un resumen ejecutivo, y estarán disponibles en el archivo de la DGAA, de la DREM y de la Municipalidad correspondiente, según sea el caso. Igualmente, estarán disponibles en el portal de transparencia del Ministerio de Energía y Minas por un periodo no menor a 90 días.

Artículo 7º.- De la suspensión de la(s) Audiencia(s) Pública(s)
El representante de la DGAA quien hará las veces de presidente de la mesa directiva, podrá suspender la Audiencia Pública por caso fortuito o fuerza mayor. La nueva fecha para la realización de la Audiencia Pública se señalará de acuerdo a lo siguiente:
7.1 Si la suspensión se realiza una vez instalada la Mesa Directiva, el representante de la DGAA que la preside, deberá señalar nueva fecha en el acto, siempre y cuando cuente con la aprobación de todos los integrantes de la Mesa Directiva, se registre el hecho en el acta respectiva y se haga de conocimiento de todos los participantes. La Audiencia Pública deberá realizarse dentro de las setentidós (72) horas siguientes.
7.2 Si la suspensión se realiza antes de la instalación de la Mesa Directiva el Titular deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 5º del presente Reglamento. Para este efecto, el plazo que transcurra entre la Audiencia suspendida y la celebración de la nueva Audiencia no será contabilizado dentro de los ciento veinte (120) días que tiene la autoridad para pronunciarse sobre el EIA o EIAsd.

Artículo 8º.- Del acceso público al EIA o EIAsd y a su resumen ejecutivo
El Titular presentará dos (2) copias digitalizadas e impresas del EIA o EIAsd y el resumen ejecutivo a cada una de las entidades que se indican a continuación:
a. Dirección General de Asuntos Ambientales;
b. Dirección Regional de Energía y Minas; y,
c. Municipalidad Distrital del lugar en donde se llevará a cabo la Audiencia Pública.
Estas entidades pondrán a disposición de la ciudadanía dichos documentos, desde la fecha de publicación del aviso en el Diario Oficial El Peruano. El pedido de copias del EIA o EIAsd y/o resumen ejecutivo podrá ser solicitado a la DGAA, a la DREM correspondiente y/o a la Municipalidad Distrital, el que deberá ser atendido en el plazo máximo de siete días útiles tratándose del EIA o EIAsd y de dos días útiles tratándose del resumen ejecutivo.
La provisión de copias del EIA o EIAsd y del resumen ejecutivo estarán sujetas al pago de una tasa que refleje el costo de su reproducción. Las copias del resumen ejecutivo serán gratuitas hasta un límite máximo de 30 ejemplares. Asimismo, el EIA o EIAsd y el resumen ejecutivo podrán ser entregados a los interesados en medio magnético y/o digital. La entrega de la información se efectuará respetando los plazos establecidos en los respectivos Textos Unicos de Procedimientos Administrativos (TUPA) de las entidades involucradas. Sin perjuicio de lo anterior, el EIA o EIAsd, según corresponda, será publicado en el portal de transparencia del Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 9º.- Contenido del resumen ejecutivo del EIA o EIAsd
El resumen ejecutivo deberá ser redactado en un lenguaje sencillo y deberá hacer referencia específica del marco legal que sustenta los EIA o EIAsd. El documento deberá permitir a los interesados tener una idea clara del proyecto en lo relativo a ubicación, tipo de recurso a explotar o a manejar, y cantidad del mismo. Del mismo modo, permitirá a los interesados conocer cuestiones referidas a infraestructura, tiempo de ejecución del proyecto, área del proyecto, requerimiento de mano de obra, características de la zona donde éste se desarrollará y de los posibles impactos, tanto directos como indirectos, además de

las medidas previstas para mitigar o eliminar dichos impactos, entre otros aspectos. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a que el EIA o EIAsd se considere como no presentado.

Artículo 10º.- Del acceso público a la absolución de las observaciones al EIA o EIAsd
El Titular presentará dos (2) copias digitalizadas e impresas del levantamiento de las observaciones planteadas al EIA o EIAsd por la DGAA, durante el proceso de evaluación del EIA o EIAsd, para que estén a disposición de la ciudadanía, a las siguientes entidades:
a. Dirección General de Asuntos Ambientales;
b. Dirección Regional de Energía y Minas; y
c. Municipalidad Distrital del lugar en donde se llevará a cabo la Audiencia Pública.

Artículo 11º.- Participación ciudadana para otros estudios ambientales
Para los siguientes tipos de Estudios Ambientales, no se requiere de la realizac ión de Audiencia Pública, sino solamente poner a disposición del público interesado el contenido del mismo:
a. Exploración minera: EA.
b. Hidrocarburos: EIAP, EIA de grifos con capacidad menor a 4500 gl.
c. Electricidad: EIA para distribución menor a 30 MW.
d. PAMA para pequeños mineros y mineros artesanales.
Para tal efecto, el Titular del proyecto presentará un ejemplar del mismo a la Municipalidad Distrital, a la DREM de la zona en la que se desarrolle el proyecto y dos (2) ejemplares a la DGAA del Ministerio de Energía y Minas. La disposición de dichos Estudios se harán de conocimiento público a través de:
a. Un aviso en el Diario Oficial El Peruano; y,
b. Un aviso en un diario de la región de mayor circulación donde se desarrollará el proyecto,
Dichos avisos serán publicados dentro de los diez (10) días calendario siguientes al ingreso del Estudio en el Ministerio de Energía y Minas. Las copias de las páginas completas de dichas publicaciones, en las que pueda apreciarse claramente la fecha y diario utilizado, serán remitidas por el Titular a la DGAA dentro de un plazo máximo de diez (10) días calendario siguientes a la publicación del aviso, bajo apercibimiento de ser considerado como no presentado el Estudio Ambiental. Dichas publicaciones correrán por cuenta del Titular solicitante.

Artículo 12º.- Financiamiento de los procedimientos de consulta previa
Sin perjuicio de los recursos que el Estado utilice a través de sus instituciones, en aquellos casos de mucha complejidad, a juicio de la DGAA, las empresas procederán a la constitución de fideicomisos que coadyuven a financiar el desarrollo de los procedimientos de consulta previa y Audiencia Pública. Para ello, la DGAA realizará las coordinaciones pertinentes.

Disposiciones Transitorias

Primera.- Los EIA o EIAsd que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento se encuentren en trámite de aprobación y/o modificación, para los cuales el Ministerio de Energía y Minas no haya dispuesto la convocatoria a Audiencia Pública, se regirán por lo establecido en este Reglamento. Los EIA o EIAsd que se encuentren en trámite y que ya cuenten con convocatoria para Audiencia Pública, se regirán por lo dispuesto en la Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM.
Segunda.- Las Audiencias Públicas para los EIA del sector hidrocarburos referidos a estaciones de servicio de grifos, serán realizadas por las DREM, respetando el procedimiento del presente Reglamento.

Tercera.- En los casos de contratos de licencia y servicios que suscriba PERUPETRO S.A. con los contratistas, no se exigirá el procedimiento de consulta previa a cargo del Estado durante los siguientes cinco (5) años.

Disposiciones Finales

Primera.- El presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Segunda.- Derógase la Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM y todas las disposiciones que se opongan al presente Reglamento, sin perjuicio de lo estipulado en la Primera Disposición Transitoria del presente Reglamento.

DECRETO SUPREMO Nº 042-2003-EM - ESTABLECE COMPROMISO PREVIO COMO REQUISITO PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES MINERAS Y NORMAS COMPLEMENTARIAS. (13.12.2003)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, aprobada mediante Ley Nº 26821, el Estado debe velar para que dicho aprovechamiento se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios contemplados en dicha Ley;

Que, el aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco del desarrollo sostenible, implica el respeto al medio ambiente y al entorno social, así como lograr mecanismos de diálogo y de participación;

Que, es necesario asegurar la continuidad y prosperidad de las actividades mineras, como uno de los más importantes medios con que cuenta el Estado para el desarrollo económico y mejoramiento del bienestar social del país;

Que, es conveniente establecer un marco de referencia en el cual se desenvuelvan las actividades mineras, respetando el medio ambiente y administrando responsablemente el impacto social para el beneficio común de las poblaciones del área de influencia de las actividades mineras, las empresas y el Estado;

Que, conforme a los artículos 101° y 123° del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo Nº 014-92-EM, las concesiones para actividades mineras se otorgan, según sea el caso, por Resolución de la Dirección General de Minería o del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero - INACC;

Que, de acuerdo a lo expresado por la señora Presidenta del Consejo de Ministros en su presentación al Congreso de la República es política de Gobierno que todo proyecto minero debe relacionarse desde el inicio con las poblaciones locales, promoviendo una alianza con las empresas mineras bajo lineamientos que promuevan la contratación y capacitación de la mano de obra local, la utilización de bienes y servicios de la zona, y la ejecución de obras de beneficio local;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 018-92-EM se aprobó el Reglamento de Procedimientos Mineros, que en el artículo 17° establece los requisitos que deben cumplir los petitorios para la obtención de concesiones para actividades mineras;
De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú ;

DECRETA:

Artículo 1°.- Del objeto
Agréguese como literal i) del numeral 1) del artículo 17º del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM, el siguiente texto:

«i) Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario, mediante el cual se compromete a:
1) Realizar sus actividades productivas en el marco de una política que busca la excelencia ambiental.
2) Actuar 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.
3) Mantener 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.
4) Lograr 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.
5) Fomentar preferentemente el empleo local, brindando las oportunidades de capacitación requeridas.
6) 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.»

Artículo 2°.- De la modificación
Modifíquese el primer párrafo del artículo 35° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM, en los siguientes términos:

«Artículo 35°.- El solicitante de una concesión de beneficio deberá presentar una solicitud a la Dirección General de Minería con los mismos requisitos exigidos en los incisos a), b), c) e i) del numeral 1) y los incisos a) y b) del numeral 2) del Artículo 17º del presente Reglamento ...»

Artículo 3°.- De los compromisos para las concesiones ya otorgadas
En el caso de las concesiones ya otorgadas, los compromisos a que se refiere el artículo primero del presente dispositivo deberán reflejarse en la presentación de los respectivos Estudios de Impacto Ambiental (EIA), cuando corresponda.

Artículo 4°.- De los contratistas y consultores
La ejecución de los compromisos descritos en el artículo 1° del presente dispositivo también alcanzan a los contratistas y consultores contratados por el titular de la actividad minera, quien velará por su cumplimiento.

Artículo 5°.- De la declaración anual
Todos los titulares de actividad minera deberán presentar a la Dirección General de Minería, como máximo hasta el 30 de setiembre de cada año, un informe escrito sobre las actividades de desarrollo sostenible a que se refiere el artículo 1° del presente dispositivo, realizadas en el ejercicio anterior.

Artículo 6°.- Del refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil tres.
ALEJANDRO TOLEDO, Presidente Constitucional de la República; HANS FLURY ROYLE, Ministro de Energía y Minas.

DEROGADO DECRETO SUPREMO Nº 023-2011-EM.- Aprueban Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:
Que, el 27 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión, la Organización Internacional del Trabajo - OIT, adoptó el Convenio Internacional Nº 169 OIT, denominado como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;
Que, el Convenio Nº 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993, y fue ratificado por el Perú, el 2 de febrero de 1994;
Que, mediante la Sentencia Nº 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de junio de 2010, se ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la Consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6º y el numeral 2 del artículo 15º del Convenio Nº 169 de la OIT;
Que, el numeral 1 del artículo 6º del Convenio Nº 169 establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin;
Que, el numeral 2 del artículo 6º del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas;
Que, el numeral 2 del artículo 15º del Convenio Nº 169 señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida;
Que, en ese sentido, resulta necesario reglamentar el proceso de Consulta recogida en el Convenio Nº 169 de la OIT, respecto de las medidas administrativas y normativas correspondientes al Sector Minero Energético;
En cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 05427-2009-PC/TC y de la Resolución Nº 15 de fecha 16 de noviembre de 2010, emitida por el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales;

DECRETA:
Artículo 1º.- Aprobación del Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.
Apruébese el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, el cual consta de tres (03) Títulos, dos (02) Capítulos,

tres (03) Sub Capítulos, veintisiete (27) Artículos, cuatro (04) Disposiciones Complementarias y dos (02) Disposiciones Transitorias.

Artículo 2º.- Derogación
Deróguese o déjense sin efecto las medidas que se opongan a lo dispuesto en el presente Reglamento.

Artículo 3º.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los once días del mes de mayo del año dos mil once.
ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
PEDRO SÁNCHEZ GAMARRA
Ministro de Energía y Minas

REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO ENERGÉTICAS
TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objeto del Reglamento.
1.1 El presente Reglamento tiene por objeto regular el procedimiento para la aplicación del derecho a la Consulta de los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6º y el numeral 2 del artículo 15º de Convenio Nº 169 de la OIT.
1.2 El Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., INGEMMET, IPEN, OSINERGMIN y los Gobiernos Regionales a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o las que hagan sus veces en el ámbito de las competencias transferidas por el Sector Energía y Minas en el marco del proceso de descentralización, son las entidades del Sector Energía y Minas responsables de llevar a cabo y supervisar los procesos de Consulta.

Artículo 2º.- Finalidad de la Consulta.
La Consulta tiene por finalidad llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas sobre las medidas del Sector Minero Energético señaladas en el presente Reglamento, susceptibles de afectarlos directamente. Para tal efecto, el Estado deberá determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados directamente y en qué medida.

Artículo 3º.- Medidas objeto de la Consulta.
Son medidas administrativas y normativas del sector Energía y Minas materia de Consulta, en el ámbito de las actividades minero energéticas las siguientes:
a. Medida normativa.
Aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de carácter general, requiera establecer en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas; en cuyo caso, se consultarán únicamente estos puntos específicos si tales modifican directamente la situación jurídica de los pueblos indígenas.
b. Medida Administrativa.

Acto administrativo que contiene declaraciones destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y/o derechos de los administrados y que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas dentro de una situación concreta.
Las medidas administrativas aplicables que serán sometidas a Consulta se establecen en cada subsector en el presente Reglamento.

Artículo 4º.- Principios.
a. Buena Fe.
Tanto las entidades responsables de ejecutar el proceso de Consulta como los representantes y las instituciones representativas de los pueblos indígenas consultados deben facilitar el diálogo para el desarrollo del proceso de Consulta. Asimismo, ambas partes deben evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo o implementación de los acuerdos respecto de la medida materia de Consulta, evitando a su vez la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Se debe excluir prácticas sutiles, implícitas o expresas que atenten contra el proceso de Consulta, tanto por parte de las entidades que ejecutan el proceso de Consulta como por los representantes y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de Consulta. El uso de la violencia va en contra de este principio.
b. Flexibilidad.
El proceso de Consulta debe ser llevado a cabo de una manera apropiada a las circunstancias, teniendo en consideración la diversidad de pueblos indígenas existentes, la diversidad de sus costumbres y la posible afectación a sus intereses.
c. Transparencia.
Todos los involucrados en el proceso de Consulta participarán responsablemente, proporcionando la información necesaria, de forma oportuna, continua y accesible, empleando el idioma de los pueblos indígenas con un lenguaje sencillo, claro y culturalmente apropiado, así como los medios de comunicación adecuados de modo que se garantice un proceso de diálogo real. Este principio es de aplicación a las relaciones entre los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas y entidades responsables de ejecutar el proceso de Consulta.
d. Oportunidad.
El proceso de Consulta se debe llevar a cabo en forma previa a la toma de la decisión respecto de la medida administrativa o normativa.
e. Interculturalidad.
Toda relación desarrollada entre los pueblos indígenas, sus representantes e instituciones representativas y las autoridades de la administración pública debe llevarse a cabo en el marco de la interacción entre culturas distintas basada en la igualdad, la diversidad cultural, privilegiando el respeto, el diálogo y la concertación.
f. Representatividad.
Los pueblos indígenas que puedan resultar afectados directamente con la implementación de determinada medida, participan en el proceso de Consulta, a través de sus representantes elegidos acorde con sus procedimientos internos.

Artículo 5º.- Destinatarios o receptores del proceso de Consulta.
5.1 En el caso de medidas normativas, el proceso de Consulta se realizará a las organizaciones representativas indígenas de carácter nacional, debidamente acreditados ante el Ministerio de Cultura.

5.2 En el caso de las medidas administrativas, el proceso de Consulta se realizará a las instituciones representativas de cada pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente, elegidas de acuerdo a los usos y costumbres, debidamente acreditadas ante el Ministerio de Cultura.

Artículo 6º.- Responsables de la ejecución del proceso de Consulta.
Para el caso de medidas administrativas susceptible de afectar a pueblos indígenas, el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO, INGEMMET, IPEN, OSINERGMIN o los Gobiernos Regionales, a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o las que hagan sus veces en el ámbito de las competencias transferidas por el Sector Energía y Minas en el marco del proceso de descentralización, según corresponda, serán responsables de efectuar el procedimiento de Consulta correspondiente. Para el caso de las medidas normativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, las diferentes Direcciones Generales del Ministerio de Energía y Minas, según corresponda, serán responsables de efectuar el procedimiento de Consulta correspondiente.

Artículo 7º.- Evaluación de las medidas administrativas o normativas.
Las entidades responsables de llevar a cabo el procedimiento de Consulta, deberán evaluar si las medidas administrativas o normativas a ser adoptadas son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, calificando si procede o no realizar un proceso de Consulta respecto a las medidas que se prevean realizar.
Se considera que la medida administrativa o normativa, afecta directamente a los pueblos indígenas cuando produce, entre otros, cambios sobre su identidad, cultura o derechos sobre las tierras que habitan.

TÍTULO II
DEL PROCESO DE CONSULTA
Artículo 8º.- Planificación del proceso de Consulta.
La planificación del Proceso de Consulta es aplicable a las medidas a que se refiere el Artículo 3º del presente Reglamento. La entidad que instruye el procedimiento, evaluará si la medida a adoptar es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. De concluir que lo es, dicha entidad será responsable de ejecutar el proceso de Consulta, para lo cual deberá cumplir lo siguiente:
Señalar a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente. En el caso de medidas normativas deberá dirigirse a sus organizaciones indígenas representativas de carácter nacional. En el caso de medidas administrativas deberá dirigirse a las instituciones representativas de cada pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente, debidamente elegidas de acuerdo a los usos y costumbres. En ambos casos, dicha representación deberá estar acreditada ante el Ministerio de Cultura.
Planificar el proceso de Consulta, considerando el idioma, usos y costumbres de los pueblos indígenas a ser consultados, definiendo de manera concreta la medida materia de Consulta y cómo esta afectaría directamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas.

Artículo 9º.- Del proceso de Consulta propiamente dicho.
El proceso aplicable a las medidas a que se refiere el Artículo 3º del presente Reglamento es el siguiente:
a. La entidad responsable, luego de cumplido lo expuesto en el artículo anterior, remitirá información oportuna y accesible, en forma transparente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados sobre la medida a los representantes de los pueblos indígenas. Dichas instituciones tendrán un plazo de veinte (20) días hábiles para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

b. Culminado el plazo anterior, la entidad responsable del proceso de Consulta convocará a representantes de los pueblos indígenas a iniciar el proceso de diálogo sobre la medida materia de Consulta; dicho proceso tendrá un plazo máximo de duración de veinte (20) días hábiles.
c. Como resultado del proceso de diálogo se levantará un Acta la cual será suscrita por el representante de la entidad responsable del proceso de Consulta y los representantes de los pueblos indígenas, dándose por concluido el proceso de Consulta.
d. En caso no se llegue a un acuerdo, la entidad responsable de llevar a cabo el proceso de Consulta dará por concluida una primera fase de diálogo. Para tal efecto, se dejará constancia en un Acta de los asuntos sobre los cuales existe acuerdo y desacuerdo. Dicha Acta deberá ser suscrita por los representantes de la entidad responsable del proceso y por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.
e. La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta convocará, en un plazo no mayor a seis (06) días hábiles contados desde la fecha de culminación de la primera fase, a una segunda fase de diálogo, para lo cual se aplicarán los mismos procedimientos y plazos establecidos para la primera fase antes referida. De igual manera, los acuerdos a los que se arribe constarán en una segunda Acta, la cual será suscrita por el representante de la entidad responsable del proceso de Consulta y los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, dándose por concluido el proceso.
f. Si a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza acuerdo alguno, la entidad que propone la medida, podrá dictarla o desistirse de ella. En caso se dictara la medida, dicho acto deberá ser motivado incluyendo en su parte considerativa o en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú, atendiendo, en lo que sea pertinente, las peticiones y observaciones expresadas por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas durante el proceso de Consulta.

Artículo 10º- Decisión.
La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta, dependiendo del nivel del perjuicio que podría ocasionar la medida, procederá a evaluar su decisión de adoptarla, adecuarla o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional y el desarrollo sostenible. Asimismo, debe fundamentar su decisión en un acto motivado que incluirá en su parte considerativa o en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta, el contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú.
La Entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta debe comunicar a los representantes de los pueblos indígenas la decisión adoptada.

Artículo 11º.- Suspensión del proceso de Consulta.
En caso que durante el proceso de Consulta no se cuente con las garantías para la realización del diálogo entre las partes involucradas ni tampoco se cuente con la seguridad adecuada, la entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta puede suspender la ejecución de los actos contenidos en el Artículo 9º, dándose por concluida la primera fase de diálogo. Para ello, la entidad responsable emitirá un informe debidamente motivado sobre los hechos o circunstancias que originan la suspensión del proceso.
La suspensión del proceso a que se refiere el párrafo anterior no exime la obligación de la entidad responsable de ejecutar la segunda fase del proceso de Consulta.

Artículo 12º.- Imposibilidad de realizar el proceso de Consulta.
12.1 En caso no exista disposición por parte de los representantes de los pueblos indígenas y/o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas para que se lleve a cabo el proceso de Consulta,

la entidad responsable de ejecutar dicho proceso, luego de un plazo de diez (10) días hábiles de suspendido el proceso, convocará nuevamente a dichos representantes o instituciones a reiniciar el proceso de diálogo sobre la medida administrativa o normativa materia de Consulta.
12.2 En caso persista la negativa por parte de los representantes de los pueblos indígenas y/o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas para la consecución del diálogo, la entidad proponente de la medida administrativa o normativa dará por concluido el proceso de Consulta.
12.3 Acto seguido, la entidad que propone la medida administrativa o normativa evaluará la pertinencia de la adopción de dicha medida, pudiendo adoptarla o desistirse de ella.
12.4 En caso la entidad que propone la medida administrativa o normativa adoptada o aprueba dicha medida, deberá informar a los representantes de los pueblos indígenas o a las instituciones representativas de los pueblos indígenas de la medida administrativa o normativa adoptada.

Artículo 13º.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de Consulta.
La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta puede convocar a facilitadores e intérpretes debidamente capacitados, previo acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.
Las instituciones representativas de los pueblos indígenas pueden contar con asesores durante el proceso de Consulta. En ningún caso, dichos asesores tendrán facultades de representación.

TÍTULO III
APLICACIÓN SECTORIAL
DEL PROCESO DE CONSULTA

CAPÍTULO 1
SECTOR MINERÍA
Artículo 14º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Sub-Sector Minero.
Las medidas administrativas materia de Consulta son: el otorgamiento de concesiones mineras, concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 15º.- Del Otorgamiento de Concesión Minera.
La persona natural y/o jurídica que, según lo establecido por el Artículo 118º del Decreto Supremo Nº 014-92-MEM, TUO de la Ley General de Minería, solicite el otorgamiento de una o más concesiones mineras en cuya área existiera uno o más pueblos indígenas, deberá presentar adicionalmente a su solicitud de petitorio ante el INGEMMET o al Gobierno Regional correspondiente, la «Información básica del Proyecto» cuyo contenido será aprobado por Resolución Ministerial del Sector Energía y Minas.
De manera excepcional, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente podrá determinar la acumulación del proceso de Consulta respecto de varios petitorios mineros de uno o varios peticionarios, siempre que el pueblo indígena susceptible de ser afectado sea el mismo.

Artículo 16º.- De la «Información básica del Proyecto» y el otorgamiento de la Concesión Minera.

16.1 El peticionario tendrá hasta un (01) año, contado desde la fecha en que solicitó el petitorio, para la presentación de la «Información básica del Proyecto». Una vez recibido dicho documento, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente luego de verificar el cumplimiento de los requisitos que debe contener la Información básica del Proyecto, iniciará el proceso de Consulta en aplicación de lo establecido en los Títulos I y II del presente Reglamento.

16.2 Una vez concluido el proceso de Consulta, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la(s) concesión(es) solicitada(s). Dicho acto deberá ser motivado, incluyendo en su parte considerativa o en su exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta y del contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú.

16.3 En caso el peticionario no cumpliera con presentar la «Información básica del Proyecto» en el plazo establecido en el numeral 16.1 del presente artículo, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, declarará el abandono del procedimiento y el área peticionada como de libre denunciabilidad.

Artículo 17º.- De la Concesión de Beneficio, de Labor General y de Transporte Minero.

Se llevará a cabo un proceso de Consulta previo al otorgamiento de concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero sí:

a. Existiera en el área en la que se solicita cualquiera de las concesiones antes referidas uno o más pueblos indígenas; y,

b. La ubicación de cualquiera de la concesiones antes referidas estuviera dentro de una concesión minera que no hubiera sido aprobada previo proceso de Consulta; y/o,

c. Las concesiones antes referidas se vayan a desarrollar en áreas que no hayan sido materia de proceso previo de Consulta.

Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Minería emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado incluyendo en su parte considerativa o en su exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta y del contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú.

CAPÍTULO 2
SECTOR ENERGÍA
SUBCAPÍTULO 1: ELECTRICIDAD

Artículo 18º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Subsector Eléctrico.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y, por tanto, materia de Consulta: el otorgamiento de concesiones temporales y definitivas de generación y transmisión eléctrica así como el otorgamiento de autorización de centrales de generación termoeléctrica.

El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 19º.- Oportunidad del proceso de Consulta respecto del otorgamiento de Concesiones y Autorizaciones Eléctricas.

19.1 Si en el área de un proyecto de generación eléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, la persona natural y/o jurídica deberá solicitar una concesión temporal de manera previa a la concesión definitiva. El otorgamiento de dicha concesión temporal estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.

En caso la concesión temporal hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.
19.2 Si en el área de un proyecto de transmisión eléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la concesión de transmisión eléctrica estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.
En caso la concesión temporal de transmisión eléctrica hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión de transmisión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.
19.3 Si en el área de un proyecto de generación termoeléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de generación termoeléctrica estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.
19.4 En el caso de proyectos eléctricos que el Ministerio de Energía y Minas encargue a PROINVERSIÓN, la Dirección General de Electricidad deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento del derecho eléctrico, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta.
19.5 Una vez concluido el proceso de Consulta, el Ministerio de Energía y Minas emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado tomando en cuenta el resultado del proceso de Consulta.

SUBCAPÍTULO 2: GEOTERMIA

Artículo 20º.- Medidas administrativas materia de Consulta para el otorgamiento de Autorizaciones Geotérmicas.

Son medidas administrativas materia de Consulta, el otorgamiento de autorización para exploración geotérmica y concesión de explotación geotérmica, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 21º.- Del proceso de Consulta para la Autorización de Exploración Geotérmica.

Si en el área solicitada para exploración geotérmica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de exploración estará sujeto al proceso de Consulta efectuado por la Dirección General de Electricidad.

Artículo 22º.- Del proceso de Consulta para la autorización de Explotación Geotérmica.

22.1 Se llevará a cabo el proceso de Consulta previo al otorgamiento de concesiones de explotación geotérmica si existiera en el área solicitada uno o más pueblos indígenas.
22.2 Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Electricidad emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado tomando en cuenta el resultado del proceso de Consulta.
22.3 En caso el área solicitada hubiese pasado por un proceso de Consulta para la exploración geotérmica e incluya las mismas áreas que la concesión de explotación geotérmica, el requerimiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.

SUBCAPÍTULO 3: HIDROCARBUROS

Artículo 23º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Subsector Hidrocarburos

Son medidas administrativas materia de Consulta el proceso previo a la suscripción de los Contratos a que se refiere Artículo 10º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley

Orgánica de Hidrocarburos, el otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos; y, las autorizaciones para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 24º.- Oportunidad del proceso de Consulta para el proceso previo a la suscripción de los Contratos a que se refiere Artículo 10º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM.
Con antelación a la suscripción del Contrato de Exploración y Explotación o de Explotación que corresponda, según lo establecido por el Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, PERUPETRO, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, si el área materia del contrato a ser suscrito afecte directamente a uno o más pueblos indígenas.
El resultado del proceso de Consulta debe ser enviado al Ministerio de Energía y Minas previo a la expedición del decreto supremo que autorice la suscripción del respectivo contrato.

Artículo 25º.- De las Concesiones para el Transporte y Distribución de Hidrocarburos por Red de Ductos.
Para efectos de lo establecido en el Artículo 76º y siguientes del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Dirección General de Hidrocarburos, previo al otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, siempre que la medida administrativa sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.
En caso que el área materia de solicitud de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.

Artículo 26º.- De las Autorizaciones para la instalación de Plantas de Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos.
Para efectos de lo establecido en el Artículo 74º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el OSINERGMIN previo a la emisión del Informe Técnico Favorable para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, siempre que sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.
En caso que el área materia de solicitud de autorización para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, esta última no requerirá proceso de Consulta.

Artículo 27º.- Del Transporte y Distribución de Hidrocarburos por Red de Ductos encargados a PROINVERSIÓN.
En el caso de proyectos de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos cuyo proceso de promoción a la inversión encargue el Ministerio de Energía y Minas a PROINVERSIÓN, la Dirección General de Hidrocarburos deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento de la concesión

o autorización correspondiente, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta, siempre que sea susceptible de afectar directamente pueblos indígenas.
En caso que el área materia de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- La Oficina General de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas podrá ser convocada por la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de Consulta como órgano técnico de asesoramiento en dicho proceso.

Segunda.- El Ministerio de Energía y Minas podrá informar de los resultados de los procesos de Consulta a las entidades del Estado vinculadas con las actividades minero energéticas.
Tercera.- En caso de ausencia o vacío procedimental, se aplicarán de manera supletoria las normas de participación ciudadana para cada subsector.
Cuarta.- Las disposiciones modificatorias y complementarias del presente Reglamento serán sometidas al proceso de Consulta de conformidad con lo establecido en los Títulos I y II del presente Reglamento.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS
Primera.- Los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la presente norma se regirán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad.

Segunda.- Por Resolución Ministerial se establecerán las medidas complementarias correspondientes a las disposiciones del presente Reglamento.

PROYECTO DE LEY ELABORADO POR AIDESEP PARA LA MESA N° 4[9]
LEY MARCO DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

1.1 El objeto de la presente ley es desarrollar el contenido, los principios y alcances básicos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones del Estado, respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directa mente, a fin de asegurarles condiciones de igualdad y pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos.

1.2 La presente Ley establece un marco normativo orientado a facilitar el cumplimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, consagrado en el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26253 y la correspondiente obligación del Estado de realizarla.

Artículo 2º.- Definiciones

Para los fines de la presente norma se entiende por:

a) Pueblos Indígenas:

Son grupos humanos que descienden de las poblaciones que originalmente habitaban lo que hoy constituye el territorio del país, antes de la conquista y de la conformación de la República, que mantienen vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna manera y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo. Se caracterizan por los criterios de identificación siguientes:

i. Elementos objetivos, constituidos por el territorio común, los estilos de vida, patrones culturales y una manera de vivir particular, distintos de los otros sectores de la población nacional, así como instituciones sociales, costumbres y sistemas normativos propios. Características que pueden ser cumplidas total o parcialmente.

ii. Un elemento subjetivo constituido por la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de sectores de la población nacional. El empleo de denominaciones, reconocidas legalmente o no, tales como la expresión «comunidad» u otras, que se utilicen para designar a los pueblos indígenas, no alteran su naturaleza ni sus derechos individuales y colectivos.

[9] Mesa N° 4 Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo Amazónico, creado por Decreto Supremo N° 117-2009-PCM, modificada por Decreto Supremo N° 211-2009-PCM.

b) Consulta previa:

La consulta previa es el procedimiento obligatorio y específico por el cual se garantiza la participación de los pueblos indígenas en las decisiones de Estado a través de una relación bilateral, intercultural y respetuosa entre entidades representativas de ambas partes, con competencia y legitimidad para obligarse, a fin de construir acuerdos o llegar al consentimiento cada vez que se prevean iniciativas legales o administrativas que, de manera directa, afecten sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual o a las tierras que ocupan y/o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural, de manera que las medidas finalmente adoptadas reflejen la influencia real de las decisiones y compromisos asumidos.

c) Entidad Responsable de ejecutar la Consulta:

Es la institución estatal que prevé emitir una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

d) Instituciones representativas:

Son las organizaciones e instancias de decisión de los pueblos indígenas a las que dichos pueblos reconocen representatividad y legitimidad de acuerdo a sus procedimientos internos. Se constituyen a nivel nacional, regional o local, y definen con autonomía su funcionamiento y las relaciones internas entre las instancias de los diferentes niveles organizativos.

Artículo 3º. Principios

3.1. La obligación de realizar el proceso de consulta, así como la necesidad de obtener el consentimiento informado previo, deben ser adecuadas a las medidas objeto de dicho proceso y de las circunstancias específicas de cada pueblo, tomando en consideración los principios que recoge la presente Ley.

3.2. Los principios señalados en el presente artículo tienen por finalidad regir el desarrollo de los procesos de consulta, suplir vacíos normativos, servir de parámetros para la emisión de otras disposiciones de carácter específico relativas a la consulta y resolver las controversias que puedan suscitarse durante la implementación de la presente Ley. Los principios rectores del derecho a la consulta son:

a) Necesidad: La consulta previa y realizada de manera adecuada es de carácter obligatorio, bajo responsabilidad, como condición de la validez de cualquier norma o acto administrativo que afecte a los pueblos indígenas, sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural.

b) Legalidad: Las autoridades de la administración pública deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley, los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano y las normas universales de los derechos humanos, especialmente aquellas relativas al derecho internacional de los pueblos indígenas, dentro de las facultades que les hayan sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

c) Jerarquía: No podrá invocarse el interés nacional u otras disposiciones del derecho nacional como justificación del incumplimiento de la obligación de consulta garantizado por el derecho internacional del que el Perú es parte.

d) Libertad: La participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno; asegurando su derecho de libre determinación.

e) Oportunidad: El proceso de consulta debe ser realizado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a uno más pueblos indígenas. Las consultas o reuniones que se lleven a cabo con posterioridad a la tramitación de las medidas no cumplen con los requisitos de la consulta previa.

f) Representatividad: Los pueblos indígenas participan en el proceso de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, legitimadas y reconocidas de acuerdo con los criterios y procedimientos propios de cada pueblo.

g) Territorialidad: las medidas cuya implementación se vincula a una determinada localización geográfica de carácter específico deben tomar en consideración si afectan total o parcialmente el hábitat de un determinado pueblo indígena de acuerdo a la definición territorial que provee el Convenio Nº 169 de la OIT y la jurisprudencia vinculante de los órganos del sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos, independientemente de si ese territorio está o no titulado.

h) Inclusividad: Los pueblos indígenas que pueden resultar afectados con la implementación de una determinada medida deben estar plena y adecuadamente representados en el proceso de consulta. A mayor inclusión, mayor es la legitimidad para alcanzar los acuerdos deseados.

i) Legitimidad: La identificación de los derechos afectados y de los riesgos que genera determinada medida son los criterios para definir quienes serán los legítimos participantes en los procesos de consulta.

j) Autonomía: Se deberá respetar la autonomía de los pueblos indígenas para determinar libremente la forma en que se llevará a cabo la consulta de acuerdo con los mecanismos e instituciones propias de cada pueblo para concretar su toma de decisiones.

k) Presunción de identidad: El derecho a la consulta le corresponde a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. En tal sentido, el Estado debe realizar obligatoriamente el proceso respectivo, salvo que se demuestre fehacientemente la falta de concurrencia de los aspectos subjetivos y objetivos que caracterizan a los pueblos indígenas, de acuerdo al Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

l) Recursos e Igualdad de Oportunidades: Corresponderá a la autoridad pública competente garantizar los recursos humanos, financieros y materiales que demande el proceso de consulta; incluyendo los que se requieran para asegurar la participación efectiva y equitativa de los pueblos indígenas en dicho proceso.

m) Interculturalidad: El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento del valor de cada una de ellas.

n) Buena fe: Las autoridades de la administración pública analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo, haciendo los esfuerzos necesarios para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos. Con tal efecto, se deberá tener en cuenta que la finalidad esencial de dicho proceso es llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento previo, libre e informado antes de adoptar una decisión final respecto alguna medida o norma que se prevé implementar o aprobar, según sea el caso.

o) Influencia real: los resultados de la consulta previa deben reflejarse claramente en la medida a ser implementada o en la norma a aprobar.

p) Transparencia: Las autoridades de la administración pública deben proporcionar información oportuna, suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en el idioma de los pueblos indígenas consultados, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real. Los procesos metodológicos serán los adecuados si es que son los que responden a las necesidades, usos, mecanismos y formas de decisión de cada pueblo indígena concreto.

q) Responsabilidad: Generar condiciones fraudulentas o manipular las condiciones organizativas pre-existentes en o entre las comunidades integrantes del o los pueblos indígenas a ser consultados es un acto contrario a la buena fe y debe ser sancionado; su comprobación anularía la validez de la consulta.

r) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida, circunstancia y características especiales de los pueblos indígenas involucrados.

s) Accesibilidad. En ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a las medidas administrativas o legislativas a adoptarse, deben usarse procedimientos que permitan superar las barreras económicas, geográficas, culturales e institucionales existentes.

t) Proximidad: la consulta debe ser realizada allí donde el pueblo indígena determine que se siente más seguro; donde pueda acudir el mayor número de personas que lo integren y donde puede practicar efectivamente sus propios mecanismos de participación y decisión de manera accesible y cómoda para todos sus miembros.

u) Igualdad y no discriminación. El proceso de consulta conjuga la igualdad en el trato y el respeto de la diferencia y la identidad, sin discriminación a los pueblos indígenas.

TITULO II

DEL DERECHO A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 4º Carácter de la consulta a los pueblos indígenas

4.1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la participación y el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en todo acto administrativo o legal que afecte a sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural.
4.2. El derecho de consulta previa, y la consiguiente obligación del Estado de realizarla, son consecuencia de la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en conformidad con el artículo 3º, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución y los compromisos adquiridos por el Perú en el ámbito internacional.

4.3. Es deber del Estado cumplir, hacer cumplir y garantizar ese derecho fundamental de los pueblos indígenas del Perú. El Reglamento del Congreso de la República, las leyes orgánicas de los gobiernos regionales y locales, así como las que regulan el funcionamiento de las diversas entidades del Estado previstas en la Constitución, deberán incorporar esta obligación como una nueva etapa en la formulación de sus dispositivos.

Artículo 5º. Obligaciones del Estado

5.1. La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta no dará curso a su iniciativa sin agotar el procedimiento adecuado que busque lograr el consentimiento o llegar a acuerdos con los representantes de los pueblos indígenas. El cumplimiento del procedimiento señalado constituye una condición de validez de las decisiones estatales que requieran ser consultadas en virtud de la presente Ley y su reglamento.

5.2. Los actos administrativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta deben ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto. Al carecer de validez legal tales actos no generan derechos adquiridos siendo la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación.

5.3. La Defensoría del Pueblo asesorará a los pueblos indígenas afectados en la tramitación jurisdiccional de las acciones de garantía y/o en las posibles acciones administrativas, civiles o penales que puedan derivarse de la omisión de cumplimiento de la obligación de consulta.

5.4. En los casos en que la norma o el acto administrativo les afecte directamente, ninguna disposición de orden interno, ni la declaración de interés nacional de determinadas actividades, podrá eximir al Estado de su obligación de consultar de la manera adecuada a los pueblos indígenas.

Artículo 6º Consulta previa a pueblos indígenas y participación ciudadana

El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas no exime al Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas en las demás audiencias y consultas ciudadanas que el ordenamiento nacional tenga establecidas con carácter general.

Artículo 7º. Ámbito de aplicación de la consulta previa

7.1. La consulta a los pueblos indígenas se lleva a cabo respecto de medidas administrativas y legislativas de nivel nacional, regional y local, que afectan directamente a los pueblos indígenas.

7.2. Se deberá consultar siempre:

a) Las reformas constitucionales que afecten derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas y aquellas que se refieran directamente a los derechos de los pueblos indígenas.
b) Las normas o actos administrativos que directamente mencionan o desarrollan en su texto o en parte de él materias previstas en el Convenio Nº 169 de la OIT u otras relativas a los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución o en las normas universales y/o regionales del derecho internacional de los derechos humanos.

c) Las normas o actos administrativos que, teniendo carácter general, pudieran afectar, positiva o negativamente, dichos derechos diferenciados, o que omiten regular de manera especial los derechos diferenciados que, sobre esa materia, se señalan en el Convenio Nº 169 de la OIT, siempre que se considere la posibilidad de aplicar la norma general a los pueblos indígenas.

d) Los actos administrativos que tengan por fin o como consecuencia la afectación del territorio tradicionalmente ocupado por un pueblo indígena o que dispongan la exploración o explotación de recursos en dicho territorio.

e) Otras medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar directamente.

7.3. El reglamento de la presente Ley desarrollará una lista detallada de las medidas que requieren necesariamente de consulta[10]

---

[10] **IDEAS PARA EL REGLAMENTO DE LA LEY**
Se deberá consultar siempre, al menos las siguientes iniciativas legales o administrativas:
·Las que incidan sobre el derecho de los pueblos indígenas a determinar las prioridades de desarrollo así como las dirigidas a planificar, aplicar y evaluar planes y programas de desarrollo nacional, regional o local susceptibles de afectarlos directamente.
·Los estudios que se realicen para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas así como las medidas orientadas a proteger y preservar el medio ambiente de los territorios donde habitan los pueblos indígenas.
·Proyectos que puedan afectar sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
·Antes de tomar decisiones de cualquier tipo acerca de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, cuando estos por ley pertenezcan al Estado y a la hora de determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras que ocupan o utilizan.
·Toda medida que busque el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo así como su nivel de salud y educación.
·Para consentir un traslado excepcional de sus tierras o de acordar una restitución de tierras en el caso de que el retorno no sea posible.

7.4. Para efectos de la presente norma, se considera que una medida administrativa o legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas cuando contiene total o parcialmente, aspectos susceptibles de producir posibles cambios, beneficios o perjuicios sobre la vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual y/o a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 8º. El Consentimiento libre, previo e informado

8.1. La obligación y los procedimientos de consulta deben adecuarse a las circunstancias de cada caso tomando en consideración los derechos afectados y el nivel de la afectación, los riesgos que la medida implica y las peculiaridades de cada pueblo indígena.

8.2. El consentimiento libre, previo e informado es necesario para dar curso a medidas que impliquen riesgos considerables para la estabilidad de su medio ambiente, la seguridad alimentaria, la salud física y mental, la convivencia, las formas de vida o la determinación del desarrollo o que conlleven la afectación de una parte significativa de su territorio de ocupación tradicional o alteraciones importantes en el uso de los recursos vitales.

Artículo 9º. Oportunidad de la consulta

La consulta debe realizarse cuanto antes y de manera previa a cualquier disposición o trámite que pueda resultar determinante, genere derechos o expectativas jurídicas a terceros o que pudiera impedir, recortar o condicionar la participación libre y activa de los pueblos indígenas afectados en la construcción y modificación de la futura medida legal o administrativa.

·Toda norma o acto administrativo dirigido a considerar su capacidad para enajenar sus tierras o de transferir de otra manera sus derechos sobre estas tierras a terceros.
·La creación y puesta en funcionamiento de programas de formación, su organización y funcionamiento.
·A la hora de desarrollar y aplicar programas y servicios de educación a fin de que estos respondan a sus necesidades y características particulares y siempre que se prevea adoptar medidas para asegurar que los niños indígenas reciben educación en su propio idioma y en su propia cultura.
·A la hora de tomar medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo perjudicial.
·Las medidas adoptadas para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia y las buenas relaciones con los demás sectores de la sociedad
·Las medidas orientadas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma a través de un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.
·Iniciativas dirigidas a elaborar programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de pueblos indígenas afectados por la contaminación de empresas contaminantes.
·Decisiones sobre la utilización de tierras o territorios indígenas para actividades militares.
·Medidas para reconocer y proteger los derechos sobre su patrimonio cultural.
·Iniciativas tendentes a reforzar los vínculos de aquellos pueblos divididos por fronteras nacionales.
·A la hora de adoptar las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines propuestos por el Convenio OIT-169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo 10º. Revisión de los resultados de la consulta previa

10.1. Cuando aparezcan circunstancias nuevas y no previstas o se conozca información relevante que puede alterar las condiciones de implementación de una medida, o siempre que se demuestre fehacientemente que se actuó con mala fe durante el proceso de consulta previa, los pueblos indígenas pueden solicitar nuevas consultas para adoptar las determinaciones pertinentes.

10.2. En cualquier caso, el consentimiento o los acuerdos alcanzados sobre determinado proyecto o iniciativa no implican la renuncia de ninguno de los derechos fundamentales de la persona. En caso de comprobarse un nivel de riesgo o de afectación de derechos mayor del previsto, o cuando las consecuencias de las medidas previstas suponen en la práctica una amenaza de mayor gravedad que la que se diagnosticó originalmente, la decisión deberá ser revisada en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el Convenio Nº 169 de la OIT en particular.

Artículo 11º Vigencia del derecho de consulta

11.1. Las concesiones, contratos u otros actos administrativos implementados y/o las normas inconsultas emitidas a partir de la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT por el Perú serán revisadas, a pedido de los pueblos indígenas afectados, cuando tales medidas incidan directamente sobre vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual y/o a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural.

11.2. Si los niveles de afectación se consideran graves, los proyectos implementados deben ser suspendidos hasta la conclusión del proceso de consulta correspondiente.

11.3. En el supuesto de que los pueblos indígenas rechacen expresamente actividades empresariales que generen impactos directos en su territorio, el Estado deberá tomar en consideración las razones y consecuencias de esta determinación en el momento en que deba adoptar una decisión al respecto.

TITULO III

DE LOS SUJETOS DEL PROCESO DE CONSULTA
CAPÍTULO I
DE LAS PARTES DEL PROCESO

Artículo 12º. Las partes del proceso de consulta

12.1. Los pueblos indígenas son los sujetos del derecho en los procesos de consulta y lo ejercen a través de sus instituciones y organizaciones representativas.
12.2. El Estado tiene la obligación y la responsabilidad de realizar los procesos de consulta a través de sus diferentes entidades y en sus diferentes niveles de gobierno.

12.3. Los Pueblos Indígenas a ser Consultados son aquellos cuyos derechos son afectados positiva o negativamente por la norma o el acto administrativo previsto y aquellos que deben afrontar riesgos en razón de la implementación de la futura medida.

12.4. La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta es aquella que prevé emitir una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Artículo 13º. Entidades facultadas para impulsar el proceso de consulta

13.1. Están facultados para solicitar el inicio de un proceso de consulta:

a) La entidad del Estado que prevé emitir una norma o una medida susceptible de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas.

b) Los pueblos indígenas que se consideren directamente afectados por la propuesta legislativa o el acto administrativo que se prevé implementar.

c) Las organizaciones indígenas representativas de nivel nacional o regional.

d) La Defensoría del Pueblo.

e) La Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afro-peruanos, de oficio o a solicitud de los pueblos y organizaciones indígenas.

f) La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas

13.2. La solicitud denegada por la entidad que prevea una medida legal o administrativa que afecte directamente los derechos de los pueblos indígenas, sea de manera expresa o por silencio administrativo, puede ser impugnada por la vía del amparo constitucional y, debidamente probada, ser usada en procedimientos administrativos o judiciales que los pueblos puedan entablar contra la decisión implementada sin la debida consulta.

CAPÍTULO II
LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 14º. Los Pueblos indígenas como sujetos del derecho de consulta

14.1. El sujeto del derecho a la consulta previa es el pueblo o los pueblos indígenas afectados directamente por una norma legal o un acto administrativo. Un proceso de consulta no puede darse por realizado de manera adecuada cuando sólo hayan participado algunos de los pueblos indígenas involucrados o algunas de sus comunidades.

14.2. Los pueblos indígenas están facultados a solicitar el inicio de un proceso de consulta, así como su inclusión en los procesos ya iniciados, en caso de que consideren que serán directamente afectados por la medida legislativa o el acto administrativo que se prevé aprobar o implementar, respectivamente.

14.3. Dicha solicitud es presentada a la Entidad Responsable de Ejecutar el proceso de Consulta, pudiendo su decisión, en el caso de entidades del Poder Ejecutivo, ser impugnada ante la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas.

Artículo 15º. Determinación de la afectación

Los criterios para determinar el nivel de afectación de las normas o actos administrativos son:

a) El ámbito territorial: cuando la medida afecta en concreto y de manera directa el hábitat tradicional de determinado pueblo o pueblos indígenas de acuerdo a los criterios establecidos por el Convenio Nº 169 de la OIT.

b) Derechos: la identificación de los pueblos legitimados para ser consultados y participar en las decisiones sobre cualquier iniciativa se fundamenta en la identificación de los derechos que podrían verse afectados y quiénes son los titulares de esos derechos en cada caso concreto.

c) Riesgos: aquellos pueblos indígenas que pueden verse sometidos a riesgos por efecto de una iniciativa ajena deben tener siempre la posibilidad de determinarse al respecto.

Artículo 16º. Identificación de los pueblos indígenas del Perú

16.1. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas elaborará oportunamente y mantendrá una Base de Datos oficial de los Pueblos Indígenas del Perú; la actualizará permanentemente empleando la información producida por las entidades del Estado, las instituciones académicas o no gubernamentales y por la información suministrada por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La información contenida en la base de datos debe ser autorizada por el pueblo indígena respectivo y deberá determinarse qué información es restringida y aquella que es de acceso público.

16.2. La base de datos debe incorporar la siguiente información:

a) Auto-denominación
b) Referencias geográficas y logísticas
c) Información étnica relevante
d) Mapa étnico con la definición de su hábitat de ocupación tradicional,
e) Sistema de gobierno
f) Organizaciones representativas
g) Y si lo tuviera, el Reglamento de Consultas consensuado por sus miembros y por sus organizaciones representativas.

16.3. Los pueblos indígenas consensuarán el ámbito de su hábitat tradicional de acuerdo con las pautas de acceso y utilización tradicional de los recursos señaladas en el Convenio Nº 169 de la OIT. Trasladarán a la Unidad Técnica de Consultas, asimismo, un mapa étnico justificado que constituirá la base oficial para la aplicación del criterio de territorialidad. En caso de existir conflictos de límites entre pueblos indígenas, la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas deberá concertar consultas con las partes en discusión para llegar a consensos.

Artículo 17º. Identificación de las organizaciones representativas

17.1. Corresponde a los pueblos indígenas elegir a sus instituciones u organizaciones representativas, conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

17.2. La identificación de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas para el proceso de consulta particular es realizada en forma previa a dicho proceso.

17.3. Los criterios de representatividad deben responder a una pluralidad de identidades culturales, organizativas, territoriales, etarias y de género.

17.4. La base de datos de los pueblos indígenas incluirá la siguiente información de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas:

a) Denominación,
b) Ámbito de representación,
c) Comunidades o Federaciones afiliadas y su respectiva jurisdicción
d) Año de constitución si tuviera personería jurídica
e) Padrón de asociados o afiliados
f) Estatuto si lo tuviera
g) Identificación de sus líderes o representantes,
h) Periodo de representación

17.5. En caso de discrepancias respecto a afiliados o asociados, la Unidad Técnica de Consulta a los Pueblos Indígenas realizará un proceso de verificación interno con presencia de las organizaciones representativas nacionales.

17.6. Las diferentes organizaciones representativas de un determinado pueblo indígena pueden consensuar reglamentos conjuntos de aplicación de consultas determinando los criterios de representatividad.

Artículo 18º. Pueblo indígena y niveles de representatividad

18.1. La representación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta debe corresponder al ámbito de influencia de la afectación directa: incluyendo entre otros, el comunal, intercomunal, distrital, interdistrital, cuenca hidrográfica, provincial, interprovincial, regional, interregional o nacional.

18.2. El pueblo indígena afectado por medidas del Estado deberá determinar qué niveles organizativos deben participar en las consultas y su secuencia, de manera que los resultados de una consulta parcial a segmentos o comunidades de determinado pueblo no condicionen las decisiones finales mientras no se complete la consulta al resto de los segmentos y comunidades.

18.3. En caso de desacuerdo entre organizaciones representativas, a cualquier nivel, o entre dos pueblos afectados, la consulta deberá prolongarse presentando nuevas alternativas hasta que se llegue a un acuerdo o a la obtención del consentimiento de todas las partes.

Artículo 19º. Transparencia organizativa y consulta previa

19.1. Impulsar la conformación de seudo organizaciones representativas o ficticias, el cohecho de funcionarios con esa finalidad, el impulso de divisiones internas, la intimidación u otros actos similares realizados contra sectores de una determinada organización representativa u otros actos similares

realizados con el propósito de favorecerse con nuevas condiciones para la consulta u obtener aprobación de las medidas propuestas son actos contrarios a la buena fe e invalidan el resultado de la consulta sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera resultar.

CAPÍTULO III
DEL ORGANISMO TÉCNICO DEL ESTADO PARA LA CONSULTA PREVIA

Artículo 20º. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas

VERSIÓN A La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas es un organismo técnico vinculado a la Defensoría del Pueblo y tiene como objetivo apoyar, asesorar, facilitar y supervisar los procesos de consulta que se realicen, velando por el respeto de los derechos de dichos pueblos. Para tal fin, debe desarrollar lineamientos específicos para la aplicación de la presente Ley y su reglamento en consulta y coordinación permanente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.	**VERSIÓN B**La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas es un Organismo Público Descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros que tiene como objetivo apoyar, asesorar, facilitar y supervisar los procesos de consulta que se realicen, velando por el respeto de los derechos de dichos pueblos. Para tal fin, debe desarrollar lineamientos específicos para la aplicación de la presente Ley y su reglamento en consulta y coordinación permanente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

Artículo 21º. Conformación

21.1. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas cuenta con un Consejo Directivo integrado por cuatro (4) miembros designados por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, un (1) representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, un (1) representante del Ministerio de Agricultura, un (1) representante del Ministerio de Justicia, un (1) representante del Ministerio del Ambiente y dos (2) profesionales independientes nominados por la Presidencia del Consejo de Ministros y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas de nivel nacional.

21.2. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas cuenta con unidades descentralizadas en las Regiones con presencia indígena.

Artículo 22º. Funciones de la Unidad Técnica

Son funciones de la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas las siguientes:

1. Recibir las comunicaciones de las entidades del Estado en caso de que consideren que una determinada medida afectará directamente a los pueblos indígenas, procediendo con la implementación de la consulta correspondiente, así como emitir opinión técnica en caso de dudas.

VERSIÓN A2. Emitir opinión sobre los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta o no considere procedentes los petitorios al respecto a fin de que las Entidades Responsables de la Ejecución de la Consulta tomen en cuenta dicha opinión al pronunciarse sobre dichos recursos.	**VERSIÓN B**2. Resolver por vía administrativa los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta o no considere procedentes los petitorios al respecto.

3. Apoyar a la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y a los Pueblos Indígenas a ser Consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.

4. Recibir la propuesta de Plan de Consulta de parte de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y presentarla a los Pueblos Indígenas a ser Consultados.

5. Organizar los contactos previos entre la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y los Pueblos Indígenas a ser Consultados para establecer los acuerdos pre-consultivos que sean necesarios para la realización de la consulta.

6. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y a los Pueblos Indígenas a ser Consultados y atender las dudas en relación a la ejecución del proceso correspondiente.

7. Organizar, supervisar y facilitar el proceso de consulta, incluyendo la administración de los medios logísticos, financieros y técnicos proporcionados por la entidad responsable de la Consulta, asegurando que ella se dé en cumplimiento de la presente Ley y sus normas complementarias.
8. Desarrollar, concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta para su progresivo perfeccionamiento.

9. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas administrativas y legislativas proyectadas por las entidades responsables, el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas a ser consultados.

10. Apoyar la coordinación de las Actas de la consulta y formalizarlas para su distribución a las entidades involucradas.

11. Registrar oficialmente los resultados de las consultas realizadas y expedir copias al respecto.

12. Supervisar el cumplimiento de los acuerdos.

13. Actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas y verificar, en su caso y a través de consultas directas, los posibles conflictos de representatividad local.

14. Mediar entre las partes en consulta para lograr el mayor grado de consenso en relación con las condiciones de realización de la consulta.

15. Mantener y actualizar un registro de Registro de Facilitadores e intérpretes de las lenguas indígenas.

16. Otras contemplados en la presente ley o en su reglamento.

TÍTULO IV
IMPULSO DE LA CONSULTA PREVIA

CAPÍTULO I
CONSULTA DE NORMAS LEGALES

Artículo 23º. Responsabilidad

23.1. La consulta sobre normas legales es responsabilidad indelegable del Congreso de la República, conforme a su Reglamento.

23.2. En los casos en los que delegue facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, el Congreso no se exime de la responsabilidad de consultar las normas delegadas cuando fuera necesario.

Artículo 24º. Organismos de apoyo

24.1. La Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afro-peruanos contará con un Comité Permanente de Expertos (CPE), conformado por profesionales indígenas u otros convocados y seleccionados por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas de nivel nacional, que estará encargado de examinar, en primera instancia y en coordinación con dichas organizaciones, los proyectos de ley que pudieran ser susceptibles de consulta previa y de identificar de manera preliminar los derechos afectados por la medida prevista.

24.2. Los informes técnicos del Comité Permanente de Expertos se trasladarán a la Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afro-peruanos con copia a las organizaciones indígenas de representación nacional.

Artículo 25º. Procedimientos

25.1. El mes de enero de cada año, la Oficialía Mayor del Congreso de la República deberá presentar el Plan de Trabajo Anual y la correspondiente Agenda Legislativa a las organizaciones indígenas de nivel nacional y regional, a la Defensoría del Pueblo y a la Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afroperuanos a fin de que tomen sus previsiones respecto a los objetivos de la presente ley.

25.2. La Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afro-peruanos oficiará a la Oficialía Mayor del Congreso para que informe a las Comisiones encargadas de dictaminar el proyecto de ley a fin de que tomen en consideración la necesidad de la consulta previa.

25.3. Las normas que desarrollen los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas por los Tratados internacionales deberán obligatoriamente ser dictaminados por la Comisión de Pueblos Amazónicos, Andinos y Afro-peruanos.

Artículo 26º. Dictamen y coordinaciones consultivas

26.1. Una vez efectuado el proceso de consulta, las actas que registran el resultado de éstas se incluirán en el dictamen de las comisiones del Congreso competentes y su contenido se reseñará como parte del análisis costo-beneficio de la norma en cuestión incorporando al proyecto las modificaciones que resulten de los acuerdos adoptados o, en su caso, la oposición parcial o total al proyecto de ley.

26.2. El Congreso podrá en cualquier momento del proceso de formación de la norma convocar a los representantes de los pueblos indígenas para que presenten sus alegatos y argumentos relativos a la norma propuesta. Los representantes de las organizaciones indígenas tendrán acceso, asimismo, a la o las audiencias durante los debates de la norma con la misma finalidad.

Artículo 27º. Consulta y Reglamentación de normas legales

Cuando la norma legal emitida por el Congreso haya sido objeto de consulta se indicará en sus disposiciones finales y transitorias la necesidad de incorporar la consiguiente consulta previa a los pueblos indígenas afectados a la hora de reglamentar la norma por parte del Ejecutivo.

CAPÍTULO II
CONSULTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 28º. Responsabilidad

28.1. Cada vez que se prevea adoptar medidas administrativas o legislativas contenidas en el artículo 8º de la presente Ley, la entidad estatal respectiva debe verificar si aquellas afectarían directamente a los pueblos indígenas.

28.2. Las diversas entidades del Estado previstas en la Constitución incluirán en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) una guía de criterios relativos a determinar si sus iniciativas son o no susceptibles de afectar directamente derechos indígenas a fin de que, en su caso, se incorpore la consulta como etapa previa a la elaboración final y la implementación de la medida prevista.

Artículo 29º. Procedimientos

Cuando una entidad del Estado verifique, de acuerdo con el artículo anterior, la necesidad de consultar a los pueblos indígenas una medida o acto previsto por su oficina, debe proceder de la siguiente manera:

a) En caso considere que la medida afectará directamente a los pueblos indígenas, comunicará tal hecho a la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas, adjuntando una propuesta de Plan de Consulta sobre la medida que será objeto de la misma.

b) En caso de duda sobre si la medida afectará o no a los pueblos indígenas, solicitará una opinión técnica vinculante a la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas.

c) En caso considere que la medida no afectará a los pueblos indígenas, publicará tal decisión razonada y justificada en su portal web. Los pueblos indígenas que se consideren afectados por esta decisión tienen el derecho de interponer los recursos impugnativos correspondientes.

Artículo 30º. El Plan de Consulta

30.1. El Plan de consulta deberá contener el texto de la medida prevista y su análisis, una propuesta de programa de actividades, un cronograma, un presupuesto y la determinación de los responsables a actuar en nombre de la dependencia estatal responsable de la consulta.

VERSIÓN A30.2. En caso de que la entidad estatal desestime la consulta o no considere procedente el petitorio de cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 13º de la presente Ley, las organizaciones indígenas podrán recurrir la decisión por la vía del amparo constitucional.	**VERSIÓN B**30.2. En caso de que la entidad estatal desestime la consulta o no considere procedente el petitorio de cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 13º de la presente Ley, las organizaciones indígenas podrán recurrir por vía administrativa la resolución ante la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas o bien, en caso justificado de necesidad y urgencia, recurrir la decisión por la vía del amparo constitucional.

30.3. En cualquier caso, la entidad estatal perteneciente al Poder Ejecutivo debe aplicar el proceso de consulta cuando la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas haya determinado que cierta medida administrativa o legislativa afecta directamente a los pueblos indígenas.

CAPÍTULO III
CONSULTA DE LOS GOBIERNOS DESCENTRALIZADOS

Artículo 31º. Ordenanza de consulta a pueblos indígenas

Los Gobiernos Regionales y Municipales que cuenten con presencia de pueblos y comunidades indígenas en su ámbito territorial, en consulta y con participación plena de las organizaciones indígenas de su jurisdicción, deberán elaborar una ordenanza en la que se constituyan y regulen Mesas de Diálogo y Trabajo Permanente y se establezcan las pautas y mecanismos de consulta de acuerdos a los principios propuestos por la presente ley.

CAPÍTULO IV
CONSULTA EN CASOS ESPECIALES

Artículo 32º. Medidas de riesgo

32.1. Las concesiones y contratos de exploración y explotación de los recursos del subsuelo en territorios indígenas, así como las propuestas de implementación de infraestructura vial, las represas de

recursos hídricos y otras iniciativas que impliquen cambios significativos en la estabilidad de los ecosistemas, riesgos graves o una afectación relevante de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, deben ir precedidas, en todos los casos, por el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas implicados, sin que dicho consentimiento, en caso de darse, suponga renuncia a ninguno de los derechos fundamentales de la persona humana.

32.2. Las iniciativas señaladas en el párrafo anterior deben ser comunicadas a la Defensoría del Pueblo y a las organizaciones indígenas de nivel nacional, regional y local antes de que generen derechos a terceros, bajo responsabilidad del Estado.

32.3. En la evaluación de estas iniciativas el Estado deberá realizar un análisis exhaustivo de todas las alternativas posibles a la iniciativa consultada.

32.4. Si la medida se ha implementado sin consulta, los procedimientos administrativos en curso deben suspenderse hasta que concluya el procedimiento de consulta correspondiente. Si se han generado consecuencias irreversibles el Estado estará obligado a reparar e indemnizar los daños.

Artículo 33º. Revisión de actos administrativos inconsultos

33.1. Los contratos y concesiones de exploración y explotación de recursos en territorios indígenas a partir de la ratificación del Convenio Nro. 169 de la OIT carecen de validez y deben ser revisados a pedido de los pueblos indígenas afectados.

33.2. En estos casos si las actividades han generado condiciones intolerables para la salud, la alimentación o la dignidad de las personas indígenas las concesiones pueden ser objeto de cancelación en el entendimiento de que no puede alegarse estabilidad jurídica para una relación jurídicamente viciada.

CAPÍTULO V
COMISIÓN ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN

Artículo 34º. Investigación de concesiones en curso

El Congreso creará una comisión independiente y técnicamente capaz encargada de analizar las concesiones petroleras y mineras vigentes en territorios indígenas y evaluarlas de manera comprehensiva, incluyendo las dimensiones sociales, culturales, ambientales y económicas implicadas en cada caso, con el objeto de determinar la compatibilidad de los actuales sistemas de exploración y explotación de los recursos naturales en dichos territorios y la supervivencia y el libre desenvolvimiento de estos pueblos de acuerdo a sus propias necesidades y formas de vida.

TÍTULO V
EL PROCESO DE CONSULTA

CAPÍTULO I
CONSIDERACIONES GENERALES

Artículo 35º. Finalidad

35.1. El proceso de consulta implica un proceso de diálogo, que tiene por finalidad llegar a acuerdos o alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas que se les consulta, para garantizar su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y garantizar la adopción de medidas respetuosas de los derechos de los pueblos indígenas.

35.2. La decisión de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta no debe realizarse sin agotar el procedimiento adecuado que busque lograr un acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas de modo que se asegure que los derechos de los pueblos indígenas sean debidamente garantizados, en el marco del Estado Democrático y Social que postula la Constitución del Perú.

35.3. El cumplimiento del procedimiento señalado constituye una condición de validez de las decisiones estatales que requieran ser consultadas en virtud de la presente Ley y su reglamento.

Artículo 36º. Etapas

36.1. En caso de procedencia de la consulta se debe cumplir con las etapas mínimas de:

a) Identificación: de las medidas y normas a ser consultadas, de la Entidad Responsable de Ejecución de la Consulta, de los Pueblos Indígenas a ser consultados y de sus organizaciones representativas de acuerdo con los criterios de la presente Ley y su reglamento.

b) Publicidad, transparencia y acceso a la información preliminar: a fin de dar a conocer la medida a ser consultada y dar oportunidad a los pueblos involucrados para que, de acuerdo a sus propios usos y costumbres, puedan coordinar con sus representados, con el objeto de decidir su participación en el proceso de consulta y contar, en su caso, con la información adecuada para tomar decisiones.

c) Reunión pre-consultiva: para acordar los aspectos generales de la consulta en conformidad con la presente Ley.

d) Evaluación interna: los pueblos indígenas deben contar con un tiempo razonable para la evaluación interna de los diferentes aspectos de la norma o medida a ser consultada, a efectos de analizar cabalmente la materia consultada.

e) La consulta: propiamente dicha.

f) Los acuerdos y toma de decisiones

36.2. Sin perjuicio de lo anterior, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe velar porque se efectúen estudios adicionales, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y medioambiental que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre estos pueblos así como analizar exhaustiva y comparativamente las posibles alternativas a la medida propuesta. Los resultados de estos estudios deben ser considerados como criterios fundamentales para el proceso de toma de decisión.

VERSIÓN A36.3. Si la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas determina que no se ha cumplido con la identificación, publicidad, transparencia y acceso a la información, emitirá las observaciones correspondientes. La Defensoría del Pueblo trasladará las observaciones a la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta.	**VERSIÓN B**36.3. Si la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas determina que no se ha cumplido con la identificación, publicidad, transparencia y acceso a la información, puede suspender el proceso de consulta y emitir observaciones a la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta, la cuál debe contar con un tiempo razonable para subsanarlas.

CAPÍTULO II
CONDICIONES DE LA CONSULTA

Artículo 37º. Publicidad, transparencia y acceso a la información

La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe proveer a los pueblos indígenas implicados información oportuna y pertinente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados, respecto de los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida que se prevé adoptar, a fin de que los representantes de los pueblos indígenas realicen una evaluación de sus causas y efectos. En caso de que lo consideren necesario, estos podrán solicitar información adicional o el asesoramiento técnico necesario.

Artículo 38º. Accesibilidad

38.1. Los procedimientos de consulta deben tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas; para ello, las instituciones del Estado que desarrollen procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta y que cuenten con el aval del pueblo consultado.

38.2. El proceso de consulta debe realizarse sobre la base de una metodología intercultural, lo que implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de cada grupo o sector participante.

Artículo 39º. Facilitadores e intérpretes

39.1. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas convocará a los profesionales conocedores de la realidad del pueblo indígena a ser consultado para que actúen de facilitadores del proceso, siempre

que cuenten con la confianza del pueblo indígena a ser consultado, y realizará procesos previos de capacitación en los casos en que se considere necesario.

39.2. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas es responsable de mantener y actualizar un Registro de Facilitadores e Intérpretes de las lenguas indígenas.

Artículo 40º. Asesores

Los pueblos indígenas y sus instituciones representativas están facultadas a contar con asesores durante el proceso de consulta y a sustituirlos cuando lo consideren oportuno. No se puede negar nunca la presencia ni la palabra de los asesores técnicos cuando esa presencia es reclamada o esa voz es solicitada por los participantes indígenas.

Artículo 41º. Observadores de buena fe

En los casos en que se consulten las iniciativas mencionadas en los Artículos 8º y 32º de la presente Ley, los pueblos indígenas podrán solicitar la presencia de observadores de buena fe, de alta credibilidad e imparcialidad que verifiquen el adecuado desarrollo de la consulta y evacúen un informe neutral a adjuntarse a las Actas oficiales.

Artículo 42º. Imparcialidad

Tanto la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas, como cualquier otro organismo estatal que participe en la consulta, no siendo parte de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta, deben mantener una estricta neutralidad en el cumplimiento de la función que se le asigne.

Artículo 43º. Plazos

Los mecanismos de diálogo del proceso de consulta se llevan a cabo considerando plazos razonables, de modo tal que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas frente a las medidas previstas por la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta.

CAPÍTULO III
ACUERDOS PREVIOS

Artículo 44º. Acuerdos de carácter procedimental previos a la consulta

44.1. Una vez que el pueblo o pueblos indígenas afectados han determinado la representación acreditada que va a participar en la consulta es necesario realizar acuerdos pre-consultivos, de carácter procedimental, con las entidades del Estado que vayan a estar a cargo de la consulta.

44.2. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas emplazará al pueblo indígena para determinar aspectos concretos que son de su competencia como el tiempo, lugar, forma, idioma, asesoría, presencia de observadores y cuantos sean necesarios para rodear la consulta de un ambiente de confianza constructivo.

Artículo 45º. Reunión Pre-consultiva

45.1. La Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas convocará a una reunión previa a las partes de la consulta y presentará el Plan de Consulta propuesto por la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y las determinaciones del pueblo indígena en las cuestiones que son de su competencia. Precisará coincidencias y puntos a negociar.

45.2. De la reunión deberán resultar acuerdos relativos a los pormenores formales de la consulta, de acuerdo con la determinación del pueblo indígena a ser consultado, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta.

CAPÍTULO IV
LA CONSULTA

Artículo 46º. Inicio

La reunión de consulta debe comenzar con la lectura de los acuerdos pre-consultivos y la definición precisa y transparente de los puntos críticos que van a centralizar el debate.

Artículo 47º. Desarrollo de la consulta

47.1. Durante el transcurso de la Consulta, tanto la Entidad Responsable y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe.

47.2. De acuerdo con las circunstancias, el proceso podrá realizarse en una o varias sesiones que, para efectos del presente procedimiento, constituirán un solo proceso integral, y se respetarán los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas desarrollen, de acuerdo a sus costumbres, un proceso de reflexión y evaluación, debate y formulación de propuestas que permitan llegar a acuerdos y decisiones ajustadas a sus necesidades.

Artículo 48º. Suspensión del proceso

48.1. Cuando el proceso de consulta carezca de garantías para la realización del diálogo entre las partes involucradas o no se cuente con la seguridad adecuada, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta puede suspender su ejecución, previa opinión favorable de la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas.

48.2. De igual manera, las instituciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la suspensión del proceso de consulta cuando estimen que la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta incumple con lo establecido en la presente Ley.

48.3. La suspensión del proceso no agota la obligación de consulta de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta.

Artículo 49º. Las Actas de la consulta

49.1. El Acta de Consulta contendrá todos los actos y ocurrencias realizadas durante el proceso, así como los acuerdos definitivos a los que las partes hayan arribado, los mismos que tienen carácter vinculante para ellas y son oponibles frente a terceros.

49.2. Las funciones de la relatoría y la secretaría deben corresponder a equipos mixtos integrados por representantes de ambas partes. Los borradores de las Actas deberán ser cotejados con los mandantes de éstas y en casos de conflicto, se volverá a plantear a los consultados los puntos en los que haya inconformidad.

49.3. El informe final de los relatores incluirá todos los puntos que los pueblos indígenas consideren que se han de incluir en el Acta final.

TÍTULO VI
EL RESULTADO DE LA CONSULTA

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 50º. Significado de los acuerdos y del consentimiento

50.1. Si los representantes de los Pueblos Indígenas expresan su acuerdo o consentimiento de la medida, con dicho acto concluye el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas.

50.2. Se entenderá que hay un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas, cuando sus representantes, en mayoría absoluta y teniendo en cuenta el alcance de su representatividad, aceptan la propuesta de la medida efectuada por la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta o la propuesta modificada como consecuencia del diálogo, debiendo hacerlo constar así en el Acta de Consulta.

Artículo 51º. Carácter vinculante de los acuerdos

51.1. En caso de existir consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus instituciones representativas, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe incorporar en su decisión los aportes contenidos en el Acta de Consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la Resolución que da por aprobada la medida.

52.2. Si el consentimiento es parcial, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta, además de enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas contenidos en el Acta de Consulta, debe procurar adecuar la medida o desistirse de ella.

52.3. En este último caso, es potestad de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta otorgar un período adicional de reflexión de las partes respecto a la medida. Transcurrido el plazo se buscará alcanzar nuevamente un acuerdo o consentimiento.

CAPÍTULO II
NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

Artículo 53º. Derechos diferenciados

53.1. En los casos en que la consulta verse sobre normas legales u otras de carácter general que afecten directamente derechos identificados en la legislación nacional o en el derecho internacional como derechos indígenas, los resultados de la consulta deben incorporarse obligatoriamente a la norma de tal manera que la consulta tenga influencia real en el contenido de esta y garantice los derechos indígenas expresados por ellos mismos.

53.2. Si hubiera desacuerdo parcial o total, la entidad encargada deberá considerar la necesidad de impulsar una modificatoria o una norma alternativa capaz de integrar esas demandas.

Artículo 54º. Derechos de alcance general

54.1. Si la norma no fuera directamente orientada a legislar derechos indígenas pero sí temas que pudieran afectar esos derechos y se eludiera la consulta, la norma no podría ser aplicable a los pueblos indígenas.

54.2. Si los pueblos indígenas consideran que el silencio normativo respecto a la integración de sus derechos a la normativa nacional podría afectar sus derechos podrán exigir una consulta ał fin de que la norma incluya un capítulo especial para el caso de los pueblos indígenas.

CAPÍTULO III
ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER ESPECÍFICO

Artículo 55º. Acuerdo o consentimiento

55.1. Si como resultado de la consulta relativa a actos administrativos que afecten a uno o varios pueblos indígenas, sus personas, sus instituciones o su territorio se produce el consentimiento, los acuerdos a los que se llegue serán vinculantes para las partes y exigibles frente a los terceros que puedan estar involucrados en la iniciativa.

55.2. Las Actas relativas a los acuerdos adoptados, en este caso, pueden ser presentadas ante los tribunales como prueba.

Artículo 56º. Desacuerdo parcial

Todo desacuerdo parcial o total pasa por una nueva planificación de consultas tendientes a centrarse en los puntos de desavenencia.

Artículo 57º. Casos de riesgo especial

Cuando se trata trate de decisiones que impliquen los riesgos o afectaciones -mencionadas en los Artículos 8º y 32º de esta Ley, las iniciativas tienen que lograr el consentimiento libre e informado del pueblo indígena en su conjunto para tener legitimidad.

CAPÍTULO IV
OTROS RESULTADOS DE LA CONSULTA PREVIA

Artículo 58º. Desacuerdo

58.1. Si no hay consentimiento y el posicionamiento de ambas partes es irreconciliable, puede aún así, llegarse a acuerdos relativos a la continuidad del proceso de consulta. En este caso el Estado debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella.

58.2. El Estado debe reconocer documentalmente la falta de acuerdos o de consentimiento y la correspondiente responsabilidad por las medidas que decida tomar en consecuencia, indicando las previsiones a tomar para garantizar, en todo caso, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales, de manera que este documento posteriormente pueda ser exigible judicialmente.

58.3. De igual manera, el Estado deberá fundamentar su decisión en las consideraciones derivadas de los hechos y el derecho, así como del contenido del Acta de Consulta, y comunicar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas la decisión adoptada.

58.4. Los pueblos indígenas tienen el derecho a recurrir a procedimientos administrativos o jurisdiccionales sencillos, breves y eficaces en defensa de los derechos que consideren vulnerados.

Artículo 59º. Consulta inadecuada

Si la consulta ha sido realizada de manera inadecuada, de mala fe, o se han tergiversado sus puntos críticos, manipulado la información o esta es incompleta, condicionado la participación de sectores del pueblo indígena, impulsado el divisionismo, restringido la participación de asesores u otras irregularidades similares, no tiene validez y deberá ser impugnada y aplicarse las sanciones correspondientes, tanto si los vicios de la consulta se conocieron durante su realización o después de haber sido realizada.

Artículo 60º.Abandono y desistimiento de la consulta

En el caso de que un Pueblo Indígena, en virtud de su libre determinación, abandone la consulta o no muestre interés en ser consultado en relación a determinada medida, o exprese su negativa a dicha medida sin previa consulta, la responsabilidad consultiva del Estado estará superada, pero en ningún caso el silencio podrá tomarse como señal de consentimiento ni eximirá a las autoridades estatales de tomar las previsiones necesarias para que los derechos del pueblo indígena renuente a la consulta estén plenamente garantizados.

CAPÍTULO V
CONSULTAS EN CASOS ESPECIALES

Artículo 61º. Iniciativas de riesgo

Las medidas con gran impacto mencionadas en los Artículo 8º y 32º se reglamentarán de manera especial, de acuerdo con los postulados de la presente ley pero tomando en cuenta la necesidad de alcanzar el consentimiento previo para ser implementadas legítimamente.

Artículo 62º. Consultas en el caso de pueblos de especial vulnerabilidad

62.1. Si la medida prevista afecta el espacio de desplazamiento de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, o la normativa que regula sus derechos, el Estado debe considerar con mucha atención las responsabilidades que asume frente al derecho internacional de los derechos humanos y deberá siempre ponderar otras alternativas con preferencia a la implementación de proyectos de impacto en estas áreas.

62.2. En el caso de pueblos que han sufrido daños acumulativos por efecto de actividades anteriores de exploración y/o explotación de recursos del subsuelo o por otras circunstancias calamitosas el Estado se obliga a tomar en cuenta esta vulnerabilidad especial a la hora de tomar iniciativas que puedan profundizar la fragilidad de los ecosistemas o de la salud de las personas de estos pueblos. Las consultas en estos casos deben tomar como puntos críticos los aspectos relacionados con esa especial vulnerabilidad como aspectos decisivos para la implementación de cualquier nueva actividad.

CAPÍTULO VI
EL PROCESO DE CONSULTA Y LOS CAMBIOS POSTERIORES

Artículo 63º. Revisión de acuerdos por cambio en las circunstancias

63.1. Los cambios en las circunstancias, la afectación de nuevos derechos o la aparición de riesgos diferentes o de diferente intensidad a los que se anunciaron durante el proceso de consulta, así como cambios importantes en el proyecto o la iniciativa normativa en curso deben ser comunicados y, si es del caso, consultados de nuevo.

63.2. En cualquier caso, si la norma o el acto consentido afectara de manera intolerable a la cultura, los bienes, el territorio, la salud o los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas implicados, de tal manera que su continuidad amenace su supervivencia, los acuerdos o el consentimiento alcanzados no suponen una renuncia a tales derechos fundamentales ni exime al gobierno de sus obligaciones para su protección, ni limita en ninguna manera la capacidad de impugnar la norma o el acto que esté lesionando esos derechos.

CAPÍTULO VII
SEGUIMIENTO A LOS ACUERDOS

Artículo 64º. Exigibilidad de los acuerdos

64.1. Los acuerdos que se hayan construido tras la consulta son exigibles judicialmente. La Defensoría del Pueblo, a través de la Unidad Técnica de Consultas a Pueblos Indígenas deberá concertar el seguimiento del cronograma y los mecanismos de cumplimiento definidos en la propia consulta.

64.2. Los pueblos indígenas podrán, en caso de incumplimiento de los acuerdos por parte del gobierno, replantear las obligaciones asumidas, denunciar a la entidad responsable y exigir indemnización por los daños, sin perjuicio de actuar por las vías jurisdiccionales que considere apropiadas.

TÍTULO VII
DE LAS RESPONSABILIDADES Y SANCIONES
Artículo 65º. De las responsabilidades y sanciones

65.1. Los funcionarios o servidores públicos de las entidades comprendidas en el ámbito de la presente Ley deben cumplir sus disposiciones bajo responsabilidad administrativa, civil y penal.

65.2. A nivel administrativo, la omisión constituirá falta administrativa, tal como lo prevé el artículo 239º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuyo caso, las sanciones de cese o destitución a que se hagan merecedores los funcionarios de la administración pública se incluirán en el Registro Nacional de Sanciones, independientemente de su régimen laboral o contractual, con el objeto de impedir su reingreso a cualquiera de las entidades por un plazo de cinco años, y sin perjuicio de otras responsabilidades a que hubiera lugar.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS Y FINALES

Primera. Reglamentación

Corresponde a la Unidad de Consultas a Pueblos Indígenas la responsabilidad de elaborar la propuesta de reglamento correspondiente, la cual se aprobará por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La propuesta de reglamento debe ser publicada en un plazo de 180 días calendario desde la publicación de la presente ley. De forma previa a su aprobación, la propuesta de reglamento debe ser consultada a las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

Segunda. Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia a los 180 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. Durante ese período se abstendrán de realizar actos que pudieran impedir el posterior cumplimiento de la presente Ley.

Tercera. Etapa de transición

En tanto entren en vigencia la presente norma y su reglamento, las entidades del Estado deben realizar todas las acciones que resulten necesarias para propiciar el diálogo con los representantes de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que el derecho a la consulta forma parte de nuestra legislación nacional al estar recogido en el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Cuarta. Sobre el derecho a la participación ciudadana

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas es diferente al derecho constitucional a la participación ciudadana. Por ello, la presente norma no deroga ni modifica las normas relacionadas al derecho a la participación ciudadana. No obstante, éstas u otras normas podrán ser modificadas para ampliar sus alcances e incluir el Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas.

Capítulo 3
Normas pertinentes para los pueblos indígenas en la normatividad nacional

Constitución Política de 1993 (algunos artículos relevantes en materia de pueblos indígenas)

Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

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

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, com-pu-tarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

16. A la propiedad y a la herencia.

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.
19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

23. A la legítima defensa.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a.Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe.

b.No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

c.No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

d.Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

e.Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

f.Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

g.Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

h.Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 31°. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohiba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Artículo 38°. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Artículo 44°. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

Artículo 45°. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabil-idades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Artículo 46°. Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.

Artículo 51°. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 55°. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 56°. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1.Derechos Humanos.
2.Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3.Defensa Nacional.
4.Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59°. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Artículo 60°. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 62°. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar

seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63°. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 65°. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67°. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68°. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69°. El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

Artículo 70°. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Artículo 71°. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente,

individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 88°. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Artículo 102°. Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Artículo 103°. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Artículo 106°. Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Artículo 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Artículo 191°.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.

Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Artículo 201°. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Artículo 202°. Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Artículo 203°. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.

2. El Fiscal de la Nación.

3. El Defensor del Pueblo.

4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.

5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.

6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.

7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Artículo 204°. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Artículo 205°. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Segunda. El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.

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

Undécima. Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LEY Nº 28237

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales
Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales
El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.
Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.
Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- Precedente
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.
Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HABEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos
Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.
Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo

contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;
8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.

   Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones; (*)

   (*) Numeral modificado por el artículo único de la Ley N° 28642 (publicada en el diario oficial El Peruano el 08 Diciembre 2005), siendo el nuevo texto el siguiente:

8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

   Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

   La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva. (*)

   (*) La STC N° 0007-2007-PI (publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de junio de 2007) dejó sin efecto el citado artículo único de la Ley N° 28642, toda vez que declaró su inconstitucionalidad.

   El segundo párrafo del artículo 83º del Código Procesal Constitucional establece que «Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;
10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.

Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.
La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.
El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.
El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.
El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

Artículo 42.- Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

1) La designación del Juez ante quien se interpone;
2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código;
4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en

posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Artículo 46.- Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;
3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o
4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Artículo 47.- Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

Artículo 48.- Inadmisibilidad

Si el Juez declara inadmisible la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada
La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.
CONCORDANCIAS: R.ADM. N° 095-2004-P-TC, Reg. Normativo del T.C., Art. 47, Últ. párrafo

Artículo 59.- Ejecución de Sentencia
Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.
Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.
En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.
Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.
Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

Artículo 79.- Principios de interpretación
Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo 82.- Cosa juzgada
Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código.

Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley Nº 27444)

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.

12.3 En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.

Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1029, publicado el 24 junio 2008, cuyo texto es el siguiente:

«202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.»

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1029, publicado el 24 junio 2008, cuyo texto es el siguiente:

«202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.»

CONCORDANCIA: R. Nº 640-2007-OS-CD, Art. 32

Destinan porcentaje del Canon Petrolero que se asigna a los Gobiernos Regionales y Locales a favor de las Comunidades ubicadas en las respectivas zonas de explotación de recursos naturales petroleros

DECRETOS DE URGENCIA Nº 028-2006
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley Nº 27506 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 10 de julio de 2001, y modificada posteriormente mediante Leyes Nº 28077 y Nº 28322, publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fechas 26 de septiembre de 2003 y 10 de agosto de 2004, respectivamente, fue promulgada la Ley de Canon, con el objeto de determinar el canon, es decir, la participación de los gobiernos locales y regionales en relación al total de ingresos y rentas obtenidas por el Estado por la explotación económica de recursos naturales;

Que, en dicha norma, entre otros aspectos, se estableció que la distribución del canon en general, salvo el canon petrolero, se haría de acuerdo a los índices de distribución que fijase el Ministerio de Economía y Finanzas en base a criterios de población y necesidades básicas insatisfechas, y según lo siguiente: (i) el 10% (diez por ciento) del total de canon para los gobiernos locales de la municipalidad o municipalidades donde se explota el recurso natural; (ii) el 25% (veinticinco por ciento) del total de canon para los gobiernos locales de las municipalidades distritales y provinciales donde se explota el recurso; (iii) el 40% (cuarenta por ciento) del total de canon para los gobiernos locales del departamento o departamentos de las regiones donde se explota el recurso natural; y (iv) el 25% (veinticinco por ciento) del total de canon para los gobiernos regionales donde se explota el recurso natural;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 005-2002-EF publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 9 de enero de 2002, y modificado posteriormente por los Decretos Supremos Nº 003-2003-EF, Nº 115-2003-EF, Nº 029-2004-EF y Nº 187-2004-EF, publicados en el Diario Oficial El Peruano con fechas 9 de enero de 2003, 14 de agosto de 2003, 17 de febrero de 2004 y 22 de diciembre de 2004, respectivamente, se promulgó el Reglamento de la Ley de Canon;

Que, tanto la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley Nº 28322 antes aludida, como la norma reglamentaria a la que se refiere el considerando precedente, precisaron la obligación de los gobiernos regionales y locales en cuyas circunscripciones se efectúa la actividad de explotación de recursos naturales, consistente en destinar un porcentaje del monto que les corresponde según la distribución a la que se refiere la Ley del Canon, a la inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explotan los recursos naturales respectivos;

Que, tal como se desprende de lo anteriormente señalado, si bien la Ley Nº 28322 así como el Reglamento de la Ley de Canon, precisaron la obligación de los gobiernos regionales y locales consistente en destinar un porcentaje determinado del canon minero, hidroenergético, pesquero, gasífero y forestal (asignado a éstos según la distribución correspondiente a la que se refiere la Ley de Canon) a la inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explotan los recursos naturales respectivos; no hicieron lo propio en relación al canon petrolero;

Que, en virtud de ello, y no obstante asistir a su derecho consustancial, las comunidades ubicadas en las zonas de explotación de los recursos naturales petroleros se habrían venido privando de verse beneficiadas con la asignación de fondos respectiva, y por tanto, con la inversión requerida para su mejor desarrollo; Que, ello, indirectamente, ha propiciado que algunas de las referidas comunidades manifiesten su disconformidad con la situación, impidiendo, extraordinaria e imprevisiblemente, el normal desarrollo de la explotación de los recursos naturales petroleros, lo cual tiene un claro impacto económico negativo en el país;

Que, a la luz de ello, con el fin de atenuar el impacto económico negativo antes referido, y en atención al interés nacional, se hace necesario que el Estado actúe rápidamente dictando medidas económicas de urgencia tendientes a establecer, en tanto se diseña la normativa que contemple de manera integral el tratamiento del canon en general, la obligación de los gobiernos regionales y locales en cuyas circunscripciones se explotan recursos naturales petroleros, consistente en invertir el cinco por ciento (5%) de los fondos que les fueran asignados por concepto de canon petrolero, para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión pública y gasto social (prioritariamente en las actividades de gasto social a las que se refiere el segundo párrafo del inciso g) del artículo 6 de la Ley Nº 28652) en las comunidades ubicadas dentro de las zonas de explotación respectivas;

Que, ello, siempre y cuando la utilización de dichos fondos por parte de los gobiernos regionales y locales esté orientada a brindar servicios públicos de acceso universal y genere beneficios a la comunidad, y en tanto dicho accionar se enmarque dentro de las competencias de los niveles de gobierno correspondientes y sea compatible con los lineamientos de las políticas sectoriales;

En uso de las facultades conferidas por el numeral 19. del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú;
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1.- De la asignación de fondos a comunidades por la explotación de recursos naturales petroleros en las zonas donde se ubican

Los gobiernos regionales y locales en cuyas circunscripciones se explotan recursos naturales petroleros deberán invertir el cinco por ciento (5%) de los fondos que les fueran asignados por concepto de canon petrolero, para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión pública y gasto social en las comunidades ubicadas dentro de las zonas de explotación respectivas. El gasto social correspondiente deberá estar referido prioritariamente a las actividades a las que se refiere el segundo párrafo del inciso g) del artículo 6 de la Ley Nº 28652. La utilización de los fondos deberá estar orientada a brindar servicios públicos de acceso universal y generar beneficios a la comunidad, siempre que ello se enmarque dentro de las competencias de los niveles de gobierno correspondientes y sea compatible con los lineamientos de las políticas sectoriales.

Artículo 2.- Disposiciones reglamentarias

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Energía y Minas, se dictarán las disposiciones reglamentarias correspondientes para la mejor aplicación del presente Decreto de Urgencia, de ser ello necesario.

Artículo 3.- Refrendo y vigencia
El presente Decreto de Urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Energía y Minas, y entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Dado en la Casa de Gobierno, a los veinte días del mes de octubre del año dos mil seis.
ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
Presidente del Consejo de Ministros
LUIS CARRANZA UGARTE
Ministro de Economía y Finanzas
JUAN VALDIVIA ROMERO
Ministro de Energía y Minas

Modifican el Decreto de Urgencia Nº 079-2009
DECRETO DE URGENCIA Nº 026-2010
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto de Urgencia Nº 079-2009 se dictaron medidas complementarias al Decreto de Urgencia Nº 028-2006, para la ejecución del cinco por ciento (5%) de los fondos provenientes del canon y sobrecanon petrolero, bajo la modalidad de núcleo ejecutor, en las comunidades donde se explotan recursos naturales petroleros, con la finalidad de atender proyectos de inversión y apoyar líneas de acción vinculadas a la mejora en el desarrollo de capacidades de la población en situación de pobreza extrema;

Que, en los últimos años los ingresos por concepto de canon y sobrecanon petrolero vienen registrando fluctuaciones importantes debido a la alta volatilidad de los precios del petróleo en el mercado internacional, lo cual ha ocasionado que la asignación de recursos a las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de estos recursos naturales no sea la adecuada para brindar servicios públicos y generar condiciones para su desarrollo;

Que, por ello es conveniente asignar mayores fondos de canon y sobrecanon petrolero a favor de dichas comunidades y permitir que estos recursos se destinen también a proyectos de inversión pública en pequeños sistemas de riego, minipresas, apertura de trochas carrozables, puentes y muros de contención;
Que, asimismo, en la regulación de los núcleos ejecutores, el Decreto de Urgencia Nº 079-2009 no desarrolla el procedimiento para su constitución, reconocimiento, registro y rendición de cuentas, lo que limita su operatividad y seguimiento;

Que, el Estado en sus diferentes niveles e instancias viene desarrollando importantes esfuerzos en la lucha contra la pobreza y la desnutrición, así como para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, esfuerzos que podrían verse afectados en caso no se tomen medidas urgentes que viabilicen la ejecución de proyectos de inversión pública y gasto social en el marco del Decreto deUrgencia Nº 079-2009;
Que, por consiguiente resulta necesario dictar medidas extraordinarias y urgentes en materia económica y financiera de interés nacional para modificar el Decreto de Urgencia Nº 079-2009 disponiendo la

asignación de mayores porcentajes del canon y sobrecanon petrolero a favor de las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación, así como incorporar nuevas líneas de intervención de los núcleos ejecutores y establecer disposiciones que permitan la operatividad y el seguimiento de los núcleos ejecutores;

Que, de no autorizarse de manera inmediata dichas medidas se puede producir un impacto negativo en las condiciones de las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de recursos que generan canon y sobrecanon petrolero, provocando una grave situación de incertidumbre social y económica;

En uso de las facultades conferidas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú;
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

DECRETA:
Artículo 1.- Modificación de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de Urgencia Nº 079-2009 Modifícanse los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de Urgencia Nº 079-2009, conforme a lo siguiente:

«Artículo 1.- Del objeto
La presente norma tiene por objeto que los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales en cuyas circunscripciones se explotan recursos naturales que generan canon y sobrecanon petrolero destinen parte de estos fondos a la ejecución de proyectos de inversión pública y gasto social, bajo la modalidad de núcleos ejecutores, en las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación respectivas.

Artículo 2.- Asignación de fondos a las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de recursos naturales petroleros
2.1 Para efecto de lo establecido en el artículo anterior, los Gobiernos Regionales destinan el diez por ciento (10%) y los Gobiernos Locales destinan el cinco por ciento (5%) de los fondos que les son asignados por concepto de canon y sobrecanon petrolero para lo siguiente:
a) Obras de infraestructura básica en educación, salud, energía eléctrica, agua, saneamiento, pequeños sistemas de riego, minipresas, apertura de trochas carrozables, puentes y muros de contención;
b) Equipamiento, mantenimiento, reparación y rehabilitación de centros de salud y educativos;
c) Capacitación técnica y fortalecimiento de las capacidades de gestión en educación y salud;
d) Atención de las madres embarazadas y en periodo de lactancia y de niños menores de seis (6) años por los sistemas de salud y educación;
e) Capacitación y educación para madres en la preparación de alimentos y prácticas saludables en el cuidado de los niños; y,
f) Campañas de alfabetización.
2.2 Los proyectos de inversión pública y el gasto social comprendidos en la presente norma, serán ejecutados bajo la modalidad de núcleos ejecutores en las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas de explotación de los recursos naturales que generan canon y sobrecanon petrolero.
2.3 Los proyectos de inversión pública y el gasto social que se ejecuten en el marco del presente Decreto de Urgencia no podrán superar las cien (100) Unidades Impositivas Tributarias, por cada proyecto o gasto.

Artículo 3.- De los núcleos ejecutores
3.1 Los núcleos ejecutores son órganos representativos de no menos de cien (100) personas de las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las zonas donde se explotan los recursos naturales que generan canon y sobrecanon petrolero.
3.2 Los núcleos ejecutores cuentan con un Presidente, un Secretario, un Tesorero y un Veedor que representa al Gobierno Regional o Gobierno Local que financia el proyecto de inversión pública o gasto social. El Acta de la Asamblea General de Constitución del Núcleo Ejecutor será certificada por un Notario o, en su defecto, por el Juez de Paz de la jurisdicción correspondiente.
3.3 Los núcleos ejecutores que se constituyan en el marco del presente Decreto de Urgencia serán de carácter temporal; tendrán capacidad jurídica para realizar todas las acciones necesarias previas y durante la ejecución del proyecto o gasto, y podrán intervenir en procedimientos administrativos y procesos judiciales, rigiéndose por las normas del ámbito del sector privado.»
Artículo 2.- Disposiciones aplicables a los núcleos ejecutores
A los núcleos ejecutores que se constituyan en el marco del Decreto de Urgencia Nº 079-2009, modificado por la present e norma, les resultan aplicables lo previsto en el artículo 5, los numerales 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5 del artículo 6 y los artículos 8, 9, 10 y 11 del Decreto de Urgencia Nº 085-2009.

Artículo 3.- Normas derogatorias
Deróguense las normas que se opongan a lo establecido en el presente Decreto de Urgencia.

Artículo 4.- Refrendo
El presente Decreto de Urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas, la Ministra de la Mujer y Desarrollo Social y la Ministra de Economía y Finanzas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL
Única.- Cuando no sea posible la conformación de núcleos ejecutores, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales en cuyas circunscripciones se explotan recursos naturales que generan canon y sobrecanon petrolero, deben ejecutar los proyectos de inversión pública y gasto social previstos en el artículo 2 del Decreto de Urgencia Nº 079 -2009, modificado por la presente norma, en las comunidades ubicadas en las zonas de explotación de dichos recursos, de acuerdo a los porcentajes de canon y sobrecanon petrolero establecidos en el citado artículo.

Para efecto de la establecido en el párrafo anterior, en el caso de los proyectos de inversión pública no resulta aplicable el numeral 2.3 del art ículo 2 del Decreto de Urgencia Nº 079-2009, modificado por la presente norma.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diez días del mes de abril del año dos mil diez.
ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

PEDRO SÁNCHEZ GAMARRA
Ministro de Energía y Minas

NIDIA VÍLCHEZ YUCRA
Ministra de la Mujer y Desarrollo Social
MERCEDES ARÁOZ FERNÁNDEZ
Ministra de Economía y Finanzas

Ley N° 28223

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY SOBRE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS

ALCANCE Y FINALIDAD

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

El reconocimiento por el Estado peruano del estatus específico de «Desplazado», su naturaleza legal y la atención de los diversos problemas jurídicos, no regularizados por las normas marco hasta el momento expedidas.

Esta norma tiene por objeto definir los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado, la asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento e integración, adecuando a la realidad y a la legislación nacional los Principios Rectores sobre Desplazamientos Internos de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico Social de la Organización de las Naciones Unidas.

Artículo 2°.- Definición

Los desplazados internos son las personas o grupo de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.
Clases de Desplazamiento:

- Desplazamiento forzado por violencia de conflicto interno o internacional o acción de grupos alzados en armas, es espontáneo e impredecible.
- Desplazamiento o evacuación, ocasionada por acción violenta por agentes imprevistos. En ese caso el desplazamiento sería organizado y conducido.

Sección I
PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3°.- Derechos de los desplazados

Los desplazados internos disfrutan de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No son objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

Artículo 4°.- Protección y asistencia humanitaria

4.1 Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades.
4.2 Cuando la magnitud del problema lo demande, el Estado debe convocar la participación de Organismos Internacionales, entre ellos Agencias del Sistema de Naciones Unidas para participar en términos de protección y asistencia o colaborar en asesoramiento.
4.3 El desplazado debe asumir la obligación de realizar todos los esfuerzos pertinentes a fin de mejorar sus condiciones de vida y generar soluciones duraderas que les permitan salir de su condición de desplazados.

Artículo 5°.- Derecho de igualdad

La protección y asistencia humanitaria se aplican sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.

Artículo 6°.- Principio de solidaridad

En virtud del principio de solidaridad, los desplazados deben contribuir con las labores comunitarias de su propia comunidad o de las comunidades que los acogen.

Sección II
PROTECCIÓN CONTRA LOS DESPLAZAMIENTOS FORZADOS

Artículo 7°.- Desplazamientos arbitrarios

7.1 Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

7.2 La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

a) Basados en políticas cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa, racial, social o política y apartheid y/o limpieza étnica de la población afectada;
b) En situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas;

c) En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; y
d) Cuando se utilicen como castigo colectivo.

7.3 Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias.

Artículo 8°.- Del desplazamiento forzado

8.1 Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.
8.2 Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la medida de lo posible de que se ubique adecuadamente a las personas desplazadas, que el desplazamiento se realice en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y que no se separe a los miembros de una misma familia.
8.3 Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debido a conflictos armados, se respeten las garantías siguientes:
a) La autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adopta una decisión específica;
b) Se adoptan medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;
c) Se recaba el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;
d) Las autoridades competentes tratan de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;
e) Las autoridades legales competentes aplican medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y
f) Se respeta el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

Artículo 9°.- Pueblos indígenas, minorías, campesinos y otros grupos

El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma.

Sección III
ASISTENCIA HUMANITARIA

Artículo 10°.- Asistencia humanitaria

La asistencia humanitaria se presta de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna, por un plazo que no exceda de seis (6) meses, a partir de que se empiece a brindar la asistencia humanitaria. Los casos especiales que así lo requieran, se tratan de manera individual.

No se desvía la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares. La labor de fiscalización de la asistencia humanitaria que se otorgue está a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

Artículo 11°.- Seguridad y protección a quienes prestan asistencia humanitaria

Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozan de respeto y protección. No son objeto de ataques ni de otros actos de violencia.

Artículo 12°.- Conducta de quienes prestan atención humanitaria

En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestan la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los desplazados internos y adoptan las medidas oportunas a este respecto.

En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetan las normas y códigos de conducta nacionales e internacionales pertinentes.

Artículo 13°.- De la sociedad civil y las mesas de concertación

Las autoridades responsables de la atención a los desplazados generarán espacios de diálogo, concertación y apoyo que favorezcan la participación de la sociedad civil en su conjunto.

Sección IV
EL REGRESO, EL REASENTAMIENTO Y LA REINTEGRACIÓN

Artículo 14°.- Condiciones para el regreso, reasentamiento y reintegración

Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratan de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

En la medida de lo posible se asegura la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Artículo 15°.- Los proyectos de retorno

El retorno a los lugares de residencia habitual debe ser voluntario. Los proyectos de retorno deben reunir los componentes siguientes:

a) Selección de los posibles retornados;
b) Selección de las comunidades cuyo retorno debe promoverse, teniendo en cuenta el grado de seguridad en la zona y las condiciones mínimas para la reconstrucción de la infraestructura y del tejido social;

c) Implantación de un programa de salud antes del retorno;
d) Inicio de asistencia psicológica y emocional antes del retorno;
e) Promoción de los derechos humanos;
f) Traslado organizado de las comunidades;
g) Reinserción en los lugares de origen previa evaluación de las condiciones mínimas de autosuficiencia y autoprotección, así como de la posibilidad de detectar conflictos inminentes;
h) Continuación de la enseñanza;
i) Atención médica;
j) Realización de obras de reconstrucción de la comunidad;
k) Asistencia técnica para la producción agrícola;
l) Reforzamiento de las relaciones sociales por medio de los órganos de solución de controversias; y
m) Integración de programas de desarrollo a mediano plazo para mitigar la pobreza.

Artículo 16°.- Asistencia obligatoria en el retorno

Todas las autoridades competentes conceden y facilitan a las organizaciones humanitarias internacionales y a otros órganos competentes, en el ejercicio de sus respectivos mandatos, un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos para que les presten asistencia en su regreso o reasentamiento y reintegración.

Sección V
DE LAS AUTORIDADES

Artículo 17°.- De las autoridades respecto de los desplazados

Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país, no son objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tienen derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos.

Las diferentes entidades y servicios del Estado tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron.

Artículo 18° .- De la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas

La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, en el ejercicio de sus funciones o las que excepcionalmente le sean asignadas, deberán brindar garantías de seguridad a los desplazados en los diferentes momentos del desplazamiento, tales como: durante el desplazamiento, durante el retorno o el reasentamiento y la reintegración.

Los desplazados con necesidades especiales de protección serán atendidos de manera prioritaria.

Artículo 19°.- De los Gobiernos Regionales y Locales

Los Gobiernos Regionales y las Municipalidades adecuarán sus competencias y presupuestos al reconocimiento de derechos y aplicación de beneficios establecidos en la presente Ley.

Dentro de sus competencias exclusivas, los Gobiernos Regionales y sus atribuciones, las Municipalidades, deben incluir de manera sistemática la atención a las necesidades de los desplazados y al restablecimiento de sus derechos básicos.

Sección VI
SANCIÓN

Artículo 20°.- Pérdida de beneficios y sanciones

Toda persona que aprovechándose de las circunstancias haya declarado hechos y condiciones que no son ciertas, y en razón a ellas haya obtenido derechos y beneficios que no le correspondan, pierde automáticamente estos derechos y beneficios, así como, es sancionada de acuerdo a la legislación vigente.

Sección VII
ATENCIÓN A LA POBLACIÓN DESPLAZADA

Artículo 21°.- Asistencia a la población desplazada

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, tiene entre sus funciones, asesorar, capacitar y atender, según sea el caso, a la población desplazada, de acuerdo a su presupuesto y con la colaboración de otras entidades del Estado, para lo cual puede, mediante un decreto supremo, encargar dichas funciones a una dependencia interna o a uno de sus Organismos Públicos Descentralizados.

Artículo 22°.- Objetivos

Dentro de lo señalado en el artículo precedente, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, tiene los objetivos que se detallan a continuación, los cuales serán transferidos progresivamente a los Gobiernos Locales y Regionales, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 188° de la Constitución Política del Perú:

- Atención de todos los sectores, a la población desplazada, teniendo, para su coordinación, como ente rector al MIMDES.
- Desarrollo integral y sostenible de las zonas expulsoras y receptoras.
- Promoción y protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
- Articulación de esfuerzos públicos y privados para la adecuada prevención y atención de los casos de desplazamientos internos.

Artículo 23°.- Del Registro Nacional para las Personas Desplazadas

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social elabora un Registro Único, a fin de asegurar el conocimiento por parte del Estado del número de desplazados, sus características y necesidades de los mismos.

A nivel regional y municipal dicho registro puede tener desarrollos especiales en atención a las necesidades y características del desplazamiento.

Las autoridades competentes para recabar la información individual de desplazados son: los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y la Defensoría del Pueblo. En caso de desplazamientos masivos, dichas autoridades, bajo responsabilidad, pueden solicitar la cooperación de otras entidades e instituciones del Estado o de la sociedad civil.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Del tratamiento a los desplazados
El tratamiento dado a los desplazados por el Estado y la sociedad civil debe ser revisado a fin de buscar mecanismos para favorecer el regreso, reasentamiento y reintegración.

SEGUNDA.- De la base de datos
La base de datos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en materia
de desplazados, en aquellos aspectos que no recojan información confidencial, debe ser incorporada a la base de datos del Registro Nacional para las Personas Desplazadas consignado en el artículo 23° de la presente Ley.

TERCERA.- De la capacitación y especialización del personal
El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social promueve el desarrollo de un programa de capacitación, formación y especialización para el personal encargado de aplicar la presente Ley y vela por establecer mecanismos de coordinación constantes para su efectiva aplicación. Los organismos no gubernamentales y la sociedad civil pueden facilitar las actividades de promoción, coordinación y ejecución de la presente Ley.

CUARTA.- Del Reglamento
El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) debe emitir el Reglamento correspondiente dentro de los sesenta (60) días posteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los veintiocho días del mes de abril de dos mil cuatro.

HENRY PEASE GARCÍA
Presidente del Congreso de la República
MARCIANO RENGIFO RUIZ
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:
Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil cuatro.
ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República
CARLOS FERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

Aprueban Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas

RESOLUCION MINISTERIAL Nº 159-2000-PROMUDEH

Lima, 21 de junio de 2000

Vistos el Proyecto de »Directiva para Promover y Asegurar el Respeto a la Identidad Etnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas», elaborada por la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas;

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano - PROMUDEH, tiene entre otras funciones, promover, coordinar, dirigir, supervisar y evaluar políticas, planes, programas y proyectos con enfoque de género para el desarrollo de las comunidades campesinas y nativas, respetando su identidad étnica y cultural y sus formas de organización;

Que con el objeto de establecer los criterios y lineamientos generales a ser observados para el desarrollo de los planes, programas y proyectos ejecutados por los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH que involucren a pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas a nivel nacional, resulta necesario aprobar la Directiva para Promover y Asegurar el Respeto a la Identidad Etnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 866 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, modificado por el Decreto Legislativo Nº 893, Ley Nº 27050, Ley Nº 27273 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 012-98-PROMUDEH, modificado por Decreto Supremo Nº 004-99-PROMUDEH;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar la Directiva Nº 012-2000-PROMUDEH/SETAI, »Directiva para Promover y Asegurar el Respeto a la Identidad Etnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas», que en anexo adjunto forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2.- La Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas es el órgano encargado de conducir y velar por el cumplimiento de la presente Resolución.

Regístrese y comuníquese.

LUISA MARIA CUCULIZA TORRE

Ministra de Promoción de la Mujer

y del Desarrollo Humano

DIRECTIVA Nº 012-2000-PROMUDEH/SETAI

DIRECTIVA PARA PROMOVER Y ASEGURAR EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDIGENAS, COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS A NIVEL NACIONAL

I. FINALIDAD

La presente Directiva tiene por finalidad promover una acción coordinada en el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano - PROMUDEH, dirigido a impulsar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y comunidades nativas, asegurando el respeto a la identidad étnica y cultural, así como a las tradiciones e instituciones de esta población, desde los ámbitos de trabajo de su competencia.

II. OBJETIVO

El objetivo de la presente Directiva es establecer los criterios y lineamientos generales a ser observados para el desarrollo de los planes, programas y proyectos ejecutados por los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH a nivel nacional en los cuales se encuentran involucrados los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas a fin de promover y asegurar el respeto de la identidad étnica y cultural de este sector de la población nacional.

III. DE LA BASE LEGAL

* Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

* Constitución Política del Perú.

* Código Civil Peruano.

* Ley Nº 24656, Ley General de Comunidades Campesinas.

* Ley Nº 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de Selva y Ceja de Selva.

* Decreto Legislativo Nº 866, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano - PROMUDEH, y sus modificatorias: el Decreto Legislativo Nº 893, la Ley Nº 27050 y la Ley Nº 27273.

* Decreto Supremo Nº 012-98-PROMUDEH, Reglamento de Organización y Funciones del PROMUDEH y su modificatoria: Decreto Supremo Nº 004-99-PROMUDEH.

IV. ALCANCES

Las disposiciones contenidas en la presente Directiva son de cumplimiento obligatorio por los diferentes Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH a nivel nacional.

V. DISPOSICIONES GENERALES

5.1. La Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas - SETAI, acorde con lo señalado en el Artículo 48 del Reglamento de Organización y Funciones del PROMUDEH es el órgano encargado de promover, coordinar, dirigir, supervisar y evaluar políticas planes, programas y proyectos con enfoque de género para el desarrollo de las comunidades campesinas y nativas, respetando su identidad étnica y cultural y sus formas de organización.

5.2. La SETAI es el órgano encargado de dirigir, supervisar y evaluar el cumplimiento de la presente Directiva.

5.3. **DEL COMITE DE COORDINACION.-** Constitúyase el Comité de Coordinación que estará encargado de coordinar, ejecutar y realizar el seguimiento de los programas y actividades a realizarse para dar cumplimiento a la presente Directiva. El Comité de Coordinación elaborará su Plan de Trabajo, debiendo establecer la periodicidad de sus reuniones.

El Comité de Coordinación se encuentra conformado por

* Un representante de la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas - SETAI quien lo presidirá;

* Un representante de la Gerencia de Promoción de la Mujer - GPM;

* Un representante de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia - GPNA.

* Un representante de la Gerencia de Desarrollo Humano - GDH;

* Un representante del Programa Nacional de Alfabetización - PNA;

* Un representante del Instituto Nacional de Bienestar Familiar - INABIF;

* Un representante del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA;

* Un representante de la Oficina Nacional de Cooperación Popular - COOPOP;

* Un representante del Programa de Apoyo al Repoblamiento y Desarrollo de Zonas de Emergencia - PAR;

* Un representante de las Comunidades Campesinas, y

* Un representante de las Comunidades Nativas.

5.4. Para tales efectos, cada órgano de Línea, Programa Nacional y Organismo Público Descentralizado designará a su respectivo representante en un plazo máximo de diez (10) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Directiva.

5.5. Excepcionalmente, se podrá incorporar a otros organismos del PROMUDEH, cuando así lo estimen conveniente los miembros del Comité de Coordinación.

VI. DISPOSICIONES ESPECIFICAS

6.1. Son obligaciones de la SETAI

a. Establecer los lineamientos de política para el desarrollo de estrategias de intervención mediante la institucionalización de un sistema adecuado para el trabajo con pueblos indígenas comunidades campesinas y nativas, que permita garantizar el respeto a su identidad cultural en todas las acciones emprendidas por el Sector.

b. Coordinar en forma permanente con los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH respecto a la aplicación de las normas, pautas y/o procedimientos a seguir en el trabajo con Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.

c. Diseñar conjuntamente con los órganos del Sector, un Plan de Información, Educación y Comunicaciones sobre el espeto a la Identidad Etnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas que permita a los Organos de Línea Programas Nacionales y Organismos Públicos

Descentralizados del PROMUDEH ejecutarlo en las acciones que vienen desarrollando, así como incorporarlo en sus planes, programas y proyectos.

d. Proporcionar al personal de los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH, cuando así lo requiera, la orientación y asesoría necesarias que les permitan abordar el tema del respeto a la identidad étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas.

e. Promover la capacitación de los funcionarios de los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH en temas relacionados a la presente directiva, especialmente aquellos referidos a los derechos de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.

f. Articular las acciones de los Organismos del PROMUDEH con aquellas que se promuevan desde los diferentes sectores del Estado y los Organismos No Gubernamentales de Desarrollo, en relación al tema del respeto de la identidad cultural.

g. Supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos del Sector que involucren a los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas a nivel nacional.

h. Promover la captación de recursos de la cooperación internacional para el logro de los objetivos de la presente Directiva, en coordinación con los órganos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PROMUDEH.

i. Presidir el Comité de Coordinación a que se refiere el ítem 5.3. de la presente Directiva.

6.2. Son obligaciones de los Organos de Línea, Programas Nacionales y Organismos Públicos Descentralizados del PR0MUDEH en relación a la SETAI:

a. Brindar información sobre planes, programas y proyectos que se encuentren en ejecución y que involucren a Pueblos Indígenas Comunidades Campesinas y Nativas, a nivel nacional.

b. Implementar una estrategia de intervención en materia del respeto a la identidad étnica y cultural en los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas, la misma que se ejecutará bajo los lineamientos a que se refiere el inciso b. del ítem 6.1. de la presente Directiva.

c. Apoyar la captación de recursos de la cooperación internacional a que se refiere el inciso h. del ítem 6.1 de la presente Directiva.

d. Participar y apoyar en forma activa en los eventos de sensibilización que realice la SETAI, para difundir las acciones orientadas a promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas.

e. Formar parte del Comité de Coordinación a que se refiere el ítem 5.3 de la presente Directiva.

VII. DISPOSICION FINAL

7.1. La Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas elaborará los lineamientos a que se refiere el inciso a. del ítem 6.1. de la presente Directiva, en un plazo máximo de sesenta (60) días contados a partir de su entrada en vigencia, los mismos que serán aprobados por Resolución Ministerial.

7.2. Se han establecido definiciones que en anexo adjunto forman parte integrante de la presente Directiva.

ANEXO

Para efectos de la presente Directiva establézcanse las siguientes definiciones

IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL

Es el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa.

El respeto a la identidad étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas, comprende:

a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo.

b. El respeto a sus formas de organización.

c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles.

d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles.

e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico - cultural.

f. El derecho a expresarse en su propia lengua.

g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico.

h. El respeto a sus estilos de vida.

i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales.

j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven.

k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura.

l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad.

m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales.

n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda.

PUEBLOS INDIGENAS

Según lo establecido por el Convenio Nº 169 de la OIT aquellos que descienden 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 sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

La conciencia y consenso colectivo sobre su identidad indígena deberá considerarse como un criterio fundamental para la determinación de los grupos a quienes debe aplicarse la presente Directiva.

COMUNIDADES CAMPESINAS

Acorde con lo establecido por la Ley Nº 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

COMUNIDADES NATIVAS

Según lo establece el Decreto Ley Nº 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de Selva y Ceja de Selva, tienen su origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: Idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Directiva Nº 03-2012/MC, aprobada por la Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC titulada «Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios»

RESOLUCION MINISTERIAL Nº 202-2012-MC

Lima, 22 de mayo de 2012

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley Nº 29565 se creó el Ministerio de cultura como organismo del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de derecho público, constituyendo un pliego presupuestal del Estado.

Que, a través de la Ley Nº 29785. Ley del Derecho a la consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT), se creó la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, por ser el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, se aprobó el Reglamento de referida Ley Nº 29785, en cuyo numeral 29.2 del Artículo 29º se precisa que el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial;

Que, conforme a lo dispuesto en el numeral 29.2 del antes citado artículo se señala que la directiva que regula la base de Datos Oficial, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con

las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, será aprobada por Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura.

Que, el Viceministerio de Interculturalidad ha remitido el Informe Técnico Nº 001-2012-DGDP-VNI-MC de fecha 04 de mayo de 2012, al que se acompaña la propuesta de Directiva que regula el funcionamiento de la base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, la cual cuenta con la conformidad de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto otorgada mediante Memorando Nº 337-2012-OGPP-SG/MC de fecha 17 de mayo de 2012;

Estando a lo visado por el Viceministro de Interculturalidad, el Secretario general, el Director general de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto y la Directora General (e) de la Oficina general de Asesoría Jurídica, y;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 29565, Ley de creación del Ministerio de cultura, la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y, el Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 29785:

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- APROBAR la Directiva Nº 03-2012/MC «Directiva que regula el funcionamiento de la base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios», la misma que en documentos anexo forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2º.- Disponer que a través de la Oficina de comunicación e Imagen Institucional se publique la presente Resolución y sus anexos en el Portal de Transparencia del Ministerio de Cultura (WWW.mcultura.gob.pe), el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3º.- Precisar que la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios estará a cargo de la dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos del Viceministerio de Interculturalidad, órgano responsable de su implementación.

Artículo 4º.- La presente resolución entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Luis Alberto Peirano Falconí
Ministro de Cultura

DIRECTIVA Nº 03-2012/MC
DIRECTIVA QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LA BASE DE DATOS OFICIAL DEL PUEBLOS INDIGENAS U ORIGINARIOS

I.OBJETIVO
La presente Directiva tiene por objeto establecer las normas, pautas u procedimientos sobre la administración de la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios.

II.FINALIDAD
La presente Directiva tiene como finalidad, elaborar, consolidar y actualiza la Base de Datos, así como los procedimientos para la incorporación de información en dicho instrumento, en particular la información sobre pueblos indígenas u originarios producida, obtenida o recogida por la diversas entidades de la administración pública competentes, y aquella que se obtenga en coordinación con los pueblos indígenas del país.

III. ENLACE
3.1 Viceministerio de Interculturalidad.
3.2 Órganos y unidades orgánicas que conforman el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

IV. BASE LEGAL
- Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley Nº 29785, Ley del derechos a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual incorpora la obligación de implementar la Base de Datos.
- Ley Nº 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
- Ley Nº27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Ley Nº 29565, Ley de creación del Ministerio de cultura.
- Decreto supremo Nº 001-2011-MC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.
- Resolución Legislativa Nº 26253, que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

V. RESPONSABILIDAD
La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos, es el órgano responsable del cumplimiento de la presente Directiva.

VI. DISPOSICIONES GENERALES
6.1 La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas es el órgano encargado de establecer las pautas, normas y procedimientos para llevar a cabo la elaboración y actualización de la Base de Datos, en concordancia a lo que dispone la Ley Nº 29785 y su reglamento.

6.2 El viceministerio de Interculturalidad evaluará periódicamente el proceso de elaboración de la información para la Base de Datos. Dicho órgano podrá implementar las medidas necesarias para cumplir con el objetivo y la finalidad de dicha Base de Datos.
6.3 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 siguiente información:
a) Denominación Oficial y autodenominación con la que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
b) Referencias geográficas y de acceso.
c) Información cultural y étnica relevante.
d) Mapa etnolingüistico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado;
f) Instituciones u organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.
6.4 La base de Datos incorporará la información señalada en el ítem 6.3 de manera progresiva y se actualizará de forma permanente.
6.5 La Base de Datos tiene carácter declarativo y referencial. Dada su naturaleza distinta a la de un registro, no es constitutiva de derechos.
6.6. La información contenida en la Base es de uso libre citándose la fuente, con fines no comerciales.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 ACCIONES DE IDENTIFICACIÓN DE PUEBLOS INDIGENAS

7.1.1 Para la identificación de pueblos indígenas se realiza la evaluación, análisis, sistematización y estandarización de la data sobre los pueblos indígenas u originarios con que cuentan, producen u obtienen de las entidades de la administración pública.
7.1.2 Pa el proceso de identificación de los pueblos indígenas u originarios que integran la Base de Datos, se consideran los criterios objetivos y subjetivo dispuestos en el artículo 1º del convenio 169 de la OIT, el artículo 7º de la Ley 29785 y el artículo 3º de su Reglamento.
7.1.3 Los criterios objetivos incluyen lo siguiente: «continuidad histórica», es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; «conexión territorial», entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas; e «instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas» conservadas total o parcialmente por los grupos humanos en cuestión[11].
7.1.4 El criterio subjetivo se refiere a la autoidentificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional.[12]

[11] Organización Internacional de Trabajo (OIT). 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Ginebra: OIT, p.9.
[12] Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Num.169 de la OIT. Ginebra: OIT, p. 10.

7.1.5 La Base de Datos incorpora cono elementos objeticos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierra comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de «continuidad histórica» desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado.
7.1.6 El criterio subjetivo se combina y complementa con los criterios objetivos referidos para la identificación de los diferentes pueblos indígenas.
7.1.7 La Base de Datos incorpora la información en cuanto a los criterios objetivos de manera concurrente.
7.1.8 La Base de Datos incorpora progresivamente, y en tanto sea producida por las entidades competentes, otra información respecto de las diferentes instituciones sociales y culturales de los pueblos indígenas.

7.2 FUENTES PARA LA OBTEBCION DE INFORMACIÓN

7.2.1 La fuentes principales para la obtención de la información son los censos elaborados por el Instituto Nacional de estadística e Informática; la data de comunidades campesinas y nativas del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y de los Gobiernos Regionales a través de sus oficinas competentes; los registros de organizaciones, instituciones y comunidades de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP); las disposiciones legales vigentes sobre pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI); la data de la red vial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación.
7.2.2 Se utilizarán como fuentes complementarias otros sistemas informativos de entidades públicas y privadas, previas evaluación de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7.6 de esta Directiva.
7.2.3 La Base de datos se implementará y actualizará con información elaborada y procesada por las diferentes entidades de la administración pública competentes.

7.3 DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE LA BASE DE DATOS

7.3.1 La Base de Datos está conformada por dos estructuras de datos de contenido cartográfico y alfanumérico que interactúan con el respaldo de una plataforma de Sistema de Información Geográfica (GIS). Estas estructuras reciben los nombres «MINCUL-BASE» y «MINCUL-TEMATICO».
7.3.2 Estructura «MINCUL-BASE». Esta estructura, bajo la categoría «administración», incluirá información sobre centros poblados, límites departamentales, límites provinciales, límites distritales y límites internacionales; bajo la categoría «hidrografía», incluirá información sobre ríos, quebradas y cuerpos de agua como lagunas y lagos; bajo la categoría «hipsografía», incluirá información sobre toponimia, curvas de nivel, cotas y señales geodésicas; y bajo la categoría «transporte», incluirá data sobre vías de comunicación de carácter nacional, departamental y local.
7.3.3 Estructura «MINCUL-TEMATICO». Esta estructura, bajo la categoría «aspecto social», incluye información sobre organización de los pueblos indígenas, familias etnolingüísticas y reservas territoriales; bajo la categoría «recursos naturales no renovables», se incluye información sobre concesiones mineras y lotes de hidrocarburos; bajo la categoría «recursos naturales renovables», se incluye información sobre áreas naturales protegidas y sus respectivas zonas de amortiguamiento, bosque de producción y concesiones forestales.
7.3.4 Como se ha dispuesto en el numeral 7.2.3, la Base de datos se complementará y actualizará con información elaborada y procesada por las diferentes entidades de la administración pública competente.

7.4 INCORPORACIÓN DE INFORMACIÓN A LA BASE DE DATOS.

7.4.1 La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos en el órgano responsable de incorporar la información a la Base de Datos considerando su pertinencia conforme lo establecido en los numerales 6.3. y 7.1 de la presente Directiva.

7.4.2 Para la incorporación de información, la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos realizará informes técnicos que deberán contener lo siguiente:

7.4.2.1 Identificación de los pueblos indígenas sobre la base de los criterios objetivos y subjetivos.

7.4.2.2 Fuentes oficiales utilizadas.

7.4.2.3 Proceso de obtención de la información.

7.4.2.4 Procesamiento de la Información.

7.4.2.5 Determinación clara y precisa de la información a ser incorporada en la Base de Datos.

7.4.3 En la Base de Datos se incorporó las autodenominaciones de los pueblos indígenas y otras denominaciones con las que dichos pueblos hayan sido identificadas por el Estado.

7.4.4 La Base de Datos sistematiza las referencias geográficas y de acceso a partir de la información de las entidades de la administración pública competentes.

7.4.5 La información sobre instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas considera los distintos ámbitos de representación. Los ámbitos de representación son los siguientes:

7.4.5.1 Nacional: cuando la organización es representativa de más de dos pueblos ubicados en varias regiones del país, o cuando la organización es representativa de un solo pueblo en más de dos regiones del país.

7.4.5.2 Regional. Cuando la organización es representativa de uno o varios pueblos ubicados en una región.

7.4.5.3 Local/comunal: cuando la organización es representativa de uno o varios pueblos ubicados en uno o varios distritos de una región pero no en todos; o cuando la organización es representativa de un pueblo organizado en una comunidad campesina o nativa.

7.4.6 La Base de Datos incorpora información sobre las lenguas indígenas de los respectivos pueblos.

7.4.7 En tanto las entidades competentes cuenten con la información cultural y étnica relevante, se evaluará su incorporación en la Base de Datos.

7.5 ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

7.5-1 La Base de Datos se actualizará de manera permanente.

7.5.2 La Dirección general de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos es el órgano responsable de solicitar la información a las entidades públicas y privadas que generen, cuenten u obtengan data sobre pueblos indígenas.

7.5.3 La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos en el órgano responsable de participar en los diferentes espacios y procesos de obtención de información y producción de información sobre pueblos indígenas implementados por las entidades de la administración pública competente.

7.5.4 La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos facilitará los medios para contar con la participación de los pueblos indígenas con el fin de actualizar la información contenida en la Base de Datos.

7.5.5 La Dirección general de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos facilitará los medios para contar con aportes de otras entidades públicas y privadas con el fin de actualizar la información contenida en la Base de Datos.
7.5.6 La Oficina General de Estadística y Tecnología de la Información y Comunicación será el órgano del Ministerio de Cultura que brindará el soporte tecnológico para el desarrollo del sistema informático asociado a la Base de Datos. Asimismo, será la responsable de la seguridad de la información de este sistema siguiendo los lineamientos emitidos por el Sistema Nacional de Informática.

7.6 EVALUACIÓN DE LA INFORMACIÓN
El funcionamiento de la Base de Datos será evaluado por le Viceministerio de Interculturalidad de forma periódica, para lo cual realizará las coordinaciones del caso, con el fin de contar con la participación de los pueblos indígenas.

7.7 PUBLICACION
7.7.1 La Base de Datos será de acceso público y gratuito, y se podrá ingresar a ella mediante el portal en internet de Ministerio de Cultura (WWW.mcultura.gob.pe).
7.7.2 La información de la Base de Datos será publicada de conformidad con las disposiciones del artículo 20 de la Ley Nº 29785.

VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.
8.1 La Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos es la responsable de realizar las coordinaciones necesarias con otras entidades de la administración pública para la difusión de la Base de Datos.
8.2 La suscripción de convenios de colaboración con entidades públicas y privadas para actualizar y complementar la información contenida en la Base de Datos se sujeta al procedimiento correspondiente del Ministerio de Cultura.

IX. ANEXO 01: GLOSARIO DE TERMINOS EMPLEADOS EN LA PRESENTE DIRECTIVA

ANEXO Nº 01
GLOSARIO DE TERMINOS EMPLEADOS EN LA PRESENTE DIRECTIVA
INSTITUCION U ORGANIZACIÓN REPRESENTATIVA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

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.

AUTODENOMINACION
Nombre con el que un pueblo indígena u originario y las personas que pertenecen a él se identifican colectivamente a sí mismas.

MAPA ETNOLINGÜISTICO

Mapa de las lenguas indígenas habladas en el territorio nacional que incluye el número de hablantes de cada idioma.

ENTIDAD DE ADMINISTRACION PÚBLICA

Son aquellas mencionadas en el artículo 1º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley N° 28736, publicada el 18 de mayo de 2006,
«Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial» (2006).

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:
El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:
LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL

Artículo 1º.- Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad.

Artículo 2º.- Definiciones
Para efectos de la presente Ley se consideran:
a) Pueblos indígenas.- Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.
b) Aislamiento.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por descontinuarlas.
c) Contacto inicial.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.
d) Reservas indígenas.- Tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y en tanto mantengan

tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos.

Artículo 3º.- Categorización
Para los efectos de la presente Ley:
a) Se reconoce a un grupo humano la categoría de Pueblo Indígena en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial mediante decreto supremo, el mismo que para su validez requiere de un estudio previo realizado por una Comisión Multisectorial presidida por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA e integrada por la Defensoría del Pueblo, el gobierno regional y local que corresponda, dos representantes de las Facultades de Antropología de las universidades peruanas, uno de las públicas y otro de las privadas, y por los demás que establezca el reglamento de la presente Ley. Dicho estudio debe contener medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población y las tierras en las que habitan.

b) Las reservas indígenas adquieren tal categoría por decreto supremo sustentado en un estudio adicional al detallado en el literal a) de este artículo, el mismo que para su validez debe señalar plazo de duración renovable las veces que sea necesario, los pueblos indígenas beneficiados y las obligaciones y prerrogativas de las comunidades nativas o pueblos indígenas colindantes. Este estudio es realizado por una Comisión Multisectorial, es dirigido por el INDEPA y cuenta con la opinión del gobierno regional en cuya circunscripción se encuentre la reserva indígena. Dicho informe debe contener un análisis ambiental, jurídico y antropológico y articular las opiniones técnicas y las estrategias de intervención de los sectores: Salud, Mujer y Desarrollo Social, agricultura, Energía y Minas, Defensa, Interior y, de ser el caso, Relaciones Exteriores.

Artículo 4º- Derechos de los miembros de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial El Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:
a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles; b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado;
c) Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad;
d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida;
e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia; y,
f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria.

Artículo 5º.- Carácter intangible de las reservas indígenas
Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:
a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior;
b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas;
c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley; y,
d) Los pueblos indígenas que las habitan son los únicos y mancomunados beneficiarios de la misma.

Artículo 6º.- Autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas
No se permite el ingreso de agentes externos a las Reservas Indígenas, a fin de preservar la salud de las poblaciones en aislamiento o contacto inicial, excepto a entes estatales cuando:
a) Se prevea situaciones de riesgo para la salud de los pueblos indígenas o poblaciones colindantes, o se hayan producido situaciones de contagio de enfermedades infectocontagiosas, que signifiquen amenaza de epidemia;

b) Se identifiquen o denuncien actividades ilegales o ingreso de personas no autorizadas al interior de las Reservas Indígenas;
c) Se ponga en riesgo la seguridad nacional o la soberanía nacional;
d) Se constate la contaminación de los recursos aire, agua, suelo o de la biodiversidad; y,
e) En otras situaciones análogas de riesgo, por acuerdo del Consejo Directivo del INDEPA.

Artículo 7º.- Cautela de derechos
Corresponde al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA, en coordinación con los sectores Salud, Agricultura e Interior, conducir, implementar y supervisar el régimen especial instituido por la presente Ley, el mismo que es parte de la política nacional sobre pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la cual debe ser aprobada por decreto supremo.

Artículo 8º.- Derechos de miembros de Comunidades Nativas aplicables
Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas.

Artículo 9º.- Informe Anual
Anualmente el Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA informará, ante la Comisión Ordinaria competente del Congreso de la República, sobre los objetivos y logros de su gestión en esta materia.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Del Reglamento de la Ley El Poder Ejecutivo aprueba, por decreto supremo, el reglamento de la presente Ley, en un plazo no mayor a sesenta (60) días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley.

SEGUNDA.- Situación de las Reservas Indígenas
Dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario posteriores a la promulgación de la presente Ley, la Presidencia del Consejo de Ministros adecuará, mediante decreto supremo y aplicando los mecanismos detallados en el artículo 3, las reservas indígenas existentes considerando la situación actual de las mismas.

TERCERA.- Propuesta de creación de reserva indígena
Los gobiernos regionales o locales, las organizaciones académicas, indígenas o las comunidades podrán proponer a la Comisión Multisectorial la creación de reservas indígenas.
Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veinticuatro días del mes de abril de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO
Presidente del Congreso de la República
GILBERTO DÍAZ PERALTA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

Normas sobre servidumbre petrolera

LEY Nº 26505
LEY DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LAS TIERRAS DEL TERRITORIO NACIONAL Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Artículo 7º.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas. Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos. [Texto modificado por la Ley Nº 26570, publicada el 4 de enero de 1996]

APRUEBAN REGLAMENTO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS
DECRETO SUPREMO Nº 032-2004-EM

Artículo 9.- Derechos de Uso y Servidumbre
El Contratista podrá solicitar los derechos de uso y servidumbre indicados en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley y será responsable del pago de la indemnización por los perjuicios económicos que ocasione el ejercicio de tales derechos. Los procedimientos para el otorgamiento de estos derechos se realizarán conforme con lo dispuesto en el Título VII del presente Reglamento.

Artículo 294.- Derechos para uso de bienes públicos y de propiedad privada
El Contratista tiene derecho a gestionar permisos, derechos de uso, servidumbre y superficie sobre predios de propiedad privada y del Estado, así como la correspondiente adjudicación directa de predios cuya titularidad corresponde al Estado, según sea el caso. Asimismo, está facultado a usar a título gratuito el suelo, subsuelo y aires de caminos públicos, calles, plazas y demás bienes de dominio público, así como establecer vías de paso en el cruce de ríos, puentes, vías férreas, líneas eléctricas y de comunicaciones. Respecto de la constitución de derechos de superficie, se rigen de acuerdo a las disposiciones contenidas en el presente título, en cuanto resulten aplicables.

Artículo 295.- Tipos de servidumbre en las Actividades de Exploración y Explotación
La servidumbre para la ocupación de bienes públicos y privados, podrá ser:
a) De ocupación de bienes públicos o privados;
b) De paso; y,
c) De tránsito.
El derecho de servidumbre comprenderá la ocupación de la superficie del suelo y subsuelo, en caso ello sea necesario. En los casos de incompatibilidad entre la servidumbre solicitada y cualquier otro derecho minero energético impuesto sobre el predio, dicha incompatibilidad será resuelta por el MINEM.

Artículo 296.- Constitución de Servidumbre
Las servidumbres legales, así como su modificación, se constituyen mediante Resolución Suprema. Para tal efecto, el MINEM deberá seguir el procedimiento administrativo que se indica en el presente Reglamento. En la Resolución Suprema que constituye o modifica el derecho de servidumbre, se señalarán las medidas que deberán adoptarse para evitar los peligros e inconvenientes que puedan ocasionar las instalaciones que ella comprenda.

Artículo 297.- Obligación de indemnizar y compensar
La constitución del derecho de servidumbre al amparo de la Ley y del presente Reglamento, obliga al Contratista a indemnizar. Esta indemnización será fijada por acuerdo de partes; en caso contrario, la fijará el MINEM, de acuerdo a lo establecido en el artículo 310 del presente Reglamento. Además, el derecho de servidumbre otorga al Contratista el derecho de acceso al área necesaria de dicho predio, con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que hayan motivado la servidumbre, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar daños y perjuicios, quedando sujeto, de ser el caso, a la responsabilidad civil o penal correspondiente. La constitución del derecho de servidumbre sobre predios cuya titularidad corresponde al Estado será gratuita, salvo que el predio a ser gravado esté incorporado a algún proceso económico o fin útil, en cuyo caso el Contratista pagará la correspondiente compensación, conforme a la normatividad legal vigente.

Artículo 298.- Facultades y obligaciones derivadas de la constitución del derecho de servidumbre
El derecho de servidumbre confiere al Contratista el derecho de construir infraestructura o instalaciones necesarias para la ejecución del Contrato a través de propiedades de terceros, sobre o bajo la superficie del suelo, y a mantener la propiedad de tales instalaciones separada de la propiedad del suelo, previa indemnización a que hubiere lugar conforme a lo dispuesto en este Reglamento.

Artículo 299.- Derechos del propietario del predio sirviente
La constitución del derecho de servidumbre no impide al propietario del predio sirviente cercarlo o edificar en él, siempre que ello no se efectúe sobre la infraestructura o instalaciones y su zona de influencia, ni sobre las áreas sobre las que se ha concedido servidumbre de ocupación, y en tanto deje el medio expedito para la operación, mantenimiento y reparación de las instalaciones, respetando las distancias mínimas de seguridad establecidas en el presente Reglamento y los términos en que haya sido constituido el derecho de servidumbre.

Artículo 300.- Servidumbre de ocupación temporal
Mediante Resolución Suprema se podrá constituir a favor del Contratista y a solicitud de éste, servidumbre de ocupación temporal sobre terrenos cuya titularidad corresponde al Estado y sobre terrenos de propiedad de particulares, con el objeto de utilizarlo para almacenes, depósitos de materiales, colocación de tuberías o cualquier otro servicio que sea necesario para la ejecución de las obras. La servidumbre de ocupación temporal otorga el derecho al propietario del predio sirviente a percibir el pago por concepto de indemnización que establece el Reglamento, durante el tiempo necesario para la ejecución de las obras. La servidumbre a la que se refiere el presente artículo, se extingue con la conclusión de las obras para la que fue autorizada.

Artículo 301.- Servidumbre de tránsito
El derecho de servidumbre para vías de acceso y de tránsito para los fines del Contrato, se constituirá con arreglo a las disposiciones contenidas en el presente Título, en cuanto le sean aplicables.

Artículo 302.- Servidumbre sobre predios de propiedad de particulares
La servidumbre sobre predios de propiedad de particulares se constituye por acuerdo entre el Contratista y el propietario del predio y, a falta de acuerdo, mediante el procedimiento establecido en este Reglamento. El Contratista deberá solicitar por escrito al propietario, la adopción del acuerdo para la constitución del derecho de servidumbre. El acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, y deberá ser puesto en conocimiento de la DGH en un plazo máximo de treinta (30) días calendario desde su suscripción. Transcurridos treinta (30) días calendario desde la comunicación cursada por el Contratista al propietario, sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, quedará expedito el derecho del Contratista a presentar ante la DGH la solicitud para la constitución del derecho de servidumbre a que se refiere el artículo siguiente, a la cual deberá acompañar la constancia de recepción de la referida comunicación por el propietario del predio. Cuando el propietario del predio a gravarse con la servidumbre no sea conocido o fuese incierto, o se ignore su domicilio, o en cualquier otra situación análoga que impida conocer, determinar o localizar al propietario, el Contratista solicitará a la DGH un modelo de aviso, para publicarlo a su cargo dentro de los diez (10) días calendario siguientes. La publicación se efectuará por dos (2) días consecutivos en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación donde se encuentre ubicado el predio afectado o la mayor parte de éste. El propietario del predio a gravarse tendrá el plazo de diez (10) días calendario para absolver el traslado, plazo que se contará desde la fecha de la última publicación del mismo. Vencido dicho plazo, el Contratista podrá presentar la solicitud para la constitución del derecho de servidumbre a que se refiere el artículo siguiente, sin necesidad de haber cursado previamente la comunicación a que se refiere el párrafo precedente. Para tal efecto, el Contratista deberá adjuntar a la solicitud una declaración jurada de no haber podido establecer la identidad y el domicilio del propietario.

Artículo 303.- Requisitos para solicitar la constitución de servidumbre
La solicitud para la constitución de una o más servidumbres que el Contratista presente a la DGH deberá incluir los siguientes requisitos:
a) Naturaleza y tipo de la servidumbre.
b) Duración.
c) Justificación técnica y económica.
d) Relación de los predios afectados, señalando el nombre y domicilio de cada propietario, si fuese conocido. En el caso previsto en el último párrafo del artículo 302, el Contratista deberá adjuntar declaración jurada correspondiente.
e) Descripción de la situación y uso actual de los terrenos y aires a afectar.
f) Copia de la partida registral correspondiente al predio a ser afectado, de ser el caso.
g) Memoria descriptiva y planos en coordenadas UTM de los predios sobre los cuales se solicita la constitución del derecho de servidumbre, a los que se adjuntará copia de los planos donde se ubica el área afectada de cada uno de los predios sirvientes con cuyos propietarios no exista acuerdo sobre el monto de la indemnización.
h) Las valorizaciones respectivas de las áreas afectadas por cada servidumbre a ser constituidas, emitidas por cualquiera de las entidades a que se refiere el artículo 310 de este Reglamento.
i) Páginas completas de la publicación efectuada en el Diario Oficial El Peruano y otro diario de mayor circulación del lugar donde se encuentre ubicado el predio, solamente para el caso que se señala en el último párrafo del artículo 302.

Artículo 304.- Observación de la solicitud
Si la solicitud presentada no reúne los requisitos especificados en el artículo precedente, será observada por la DGH y sólo se tramitará si el interesado subsana las observaciones, dentro de un plazo máximo de diez (10) días calendario contados a partir de la fecha de su notificación; caso contrario, la solicitud se tendrá por abandonada.

Artículo 305.- Traslado de la solicitud al propietario del predio sirviente
Una vez admitida la solicitud, la DGH correrá traslado al propietario del predio sirviente a que se refiere el literal g) del artículo 303, adjuntando copia de la petición y de los documentos que la sustentan. El propietario deberá absolver el traslado dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificado. Si el derecho de servidumbre recae sobre predios cuya titularidad corresponde al Estado, la DGH procederá a solicitar el informe correspondiente a la entidad o repartición a la cual se encuentre adscrito el terreno materia de la servidumbre. El informe deberá indicar si el predio a ser gravado está incorporado a algún proceso económico o fin útil. Si dentro del plazo de quince (15) días calendario de notificadas las referidas entidades o reparticiones, éstas no remiten el informe requerido, se entenderá que no tienen observaciones a la solicitud de constitución del derecho de servidumbre, debiendo la DGH proceder a preparar un informe y el proyecto de Resolución Suprema correspondiente, conforme a lo dispuesto por el artículo 308.

Artículo 306.- Derecho de oposición del propietario
La oposición del propietario a la constitución del derecho de servidumbre deberá ser debidamente fundamentada y, de ser el caso, adjuntará la documentación que considere pertinente y necesaria que justifique su oposición. La DGH notificará al Contratista para que absuelva el trámite y presente las pruebas de descargo pertinentes dentro de los diez (10) días calendario de notificado.

Artículo 307.- Allanamiento a la oposición
Si el Contratista se allanara a la oposición del propietario, el derecho de servidumbre se constituirá con las modificaciones aceptadas por el Contratista. En caso que, como consecuencia de la oposición del propietario a la valorización presentada por el Contratista, las partes llegaran a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que corresponda pagar, la Resolución Suprema que constituya el derecho de servidumbre establecerá como indemnización el monto acordado por las partes, situación en la cual no se recurrirá a la valorización pericial a que se refiere el artículo 310. Si el Contratista no absolviera la oposición planteada centro del término fijado, la solicitud se tendrá por abandonada.

Artículo 308.- Aprobación de la servidumbre
En un plazo máximo de cinco (5) días calendario luego de vencido el plazo para que el propietario absuelva el traslado sin haberlo hecho o, de haber formulado oposición, luego de absuelta ésta por el Contratista y; en ambos casos, una vez recibido el informe pericial a que se refiere el artículo 310, de ser el caso, la DGH preparará el informe correspondiente y el proyecto de Resolución Suprema disponiendo la constitución de servidumbre, así como la indemnización que corresponda, elevando dentro del mismo plazo los actuados para su expedición. La Resolución Suprema será expedida dentro de los diez (10) días calendario siguientes y será refrendada por el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Agricultura.

Artículo 309.- Impugnación de la constitución de servidumbre
La Resolución Suprema que constituya o modifique una servidumbre únicamente podrá ser impugnada en la vía administrativa mediante el recurso de reconsideración. Este recurso es opcional. El plazo para interponer el recurso de reconsideración es de cinco (5) días hábiles de notificada la resolución y será resuelto en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de interpuesto el recurso, transcurridos los cuales se entenderá que se ha configurado el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo establecido por la Ley Nº 27444. La acción contencioso administrativa a que se refiere la Ley Nº 27584, sólo procederá en lo referente al monto fijado como
indemnización. La impugnación judicial de la Resolución Suprema que imponga o modifique la servidumbre no suspenderá su ejecución.

Artículo 310.- Valorización pericial del predio
La indemnización será determinada mediante la valorización pericial que efectúe un profesional de la especialidad correspondiente a la actividad desarrollada en el área del predio a ser gravado por la servidumbre, designado por el Cuerpo Técnico de Tasaciones, el Consejo Nacional de Tasaciones, o el colegio de profesionales que corresponda, la misma que será determinada por la DGH, salvo en
caso que el propietario del predio sirviente no absuelva el traslado de la solicitud de constitución del derecho de servidumbre dentro del plazo señalado en el artículo 305, en cuyo caso, la DGH deberá considerar como indemnización los montos señalados en la valorización presentada por el Contratista, conforme al literal h) del artículo 303. La entidad a ser determinada por la DGH será una
entidad distinta a la que elaboró el informe de valorización presentado por el Contratista en su solicitud.
La valorización incluirá:
a) Una compensación por el uso de las tierras que serán gravadas por la servidumbre, que en ningún caso será inferior al valor de arancel de las tierras aprobado por el Ministerio de Agricultura.
b) Una compensación por el eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la servidumbre, calculado en función a la actividad habitual del conductor.
El monto de los honorarios correspondientes a la entidad tasadora será de cargo del Contratista.

Artículo 311.- Pago de la indemnización
El monto de la indemnización fijada por la Resolución Suprema será abonada por el Contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del plazo para interponer el recurso de reconsideración a que se refiere el artículo 309, en el caso que dicho recurso no hubiera sido interpuesto. En caso de haberse interpuesto el recurso de reconsideración, dicho plazo se computará a partir de la notificación de la resolución que resuelva el recurso de reconsideración interpuesto, o desde que el administrado haya interpuesto el recurso correspondiente a partir del vencimiento del plazo para resolver el recurso establecido en el artículo 309 sin que se hubiera expedido la Resolución Suprema que lo resuelva.

La indemnización será abonada directamente al propietario, salvo que éste se niegue a recibir el pago o que no haya acreditado fehacientemente su derecho de propiedad, o cuando el propietario del predio gravado no sea conocido o fuese incierto, o se ignore su domicilio, o en cualquier otra situación análoga que impida conocer, determinar o localizar al propietario, o cuando la indemnización corresponda a daños y perjuicios que se ocasionaran a terceros distintos al propietario que conduzcan o estén en posesión del predio, por cualquier título, según el informe del perito. En tales casos, el Contratista consignará judicialmente el monto de la indemnización, quedando sujeto dicho pago a las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil. Se tendrá por consignada la indemnización con la presentación de la copia del auto admisorio de la solicitud respectiva.

Una vez efectuado el pago o consignada la indemnización, el Contratista podrá ingresar y tomar posesión de la parte del predio sobre el cual ha sido constituida la servidumbre a efectos de dar cumplimiento al propósito para el que ésta se constituye.

La contradicción a la solicitud de ofrecimiento judicial de pago de la indemnización no suspenderá en ningún caso el ejercicio del derecho de servidumbre en virtud de la Resolución Suprema que agotó la vía administrativa o la aplicación del silencio administrativo negativo.

En caso de oposición por parte del propietario o conductor del predio sirviente al ingreso del Contratista para el ejercicio de la servidumbre, éste tendrá derecho a que la DGH solicite que la autoridad competente disponga el ingreso y toma de posesión de la parte del predio sirviente con el auxilio de la fuerza pública sin perjuicio de iniciar las acciones legales a que hubiera lugar. Igual derecho tendrá el Contratista tratándose de las servidumbres establecidas por acuerdo de partes a que se refiere el artículo 302.

El ejercicio por el Contratista de la servidumbre impuesta conforme al presente Título VII y demás normas aplicables no será considerado como un acto perturbatorio de la posesión del propietario, conductor o poseedor del predio sirviente.

Artículo 312.- Extinción de la servidumbre
Mediante Resolución Suprema, a pedido de parte o de oficio, se declarará la extinción de las servidumbres establecidas cuando:
a.- Sin autorización previa, el Contratista destine la servidumbre a fin distinto para el cual se solicitó.
b.- Se dé término a la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.
c.- Se incumpla el pago de la indemnización fijada por Resolución Administrativa o por Resolución Judicial firme.

Artículo 313.- Procedimiento de extinción de la Servidumbre.
El procedimiento de extinción de la servidumbre se iniciará ante el Ministerio de Energía y Minas.
Una vez admitida la solicitud, la DGH correrá traslado a la parte o partes interesadas, adjuntando copia de la petición y de los documentos que la sustentan. La DGH notificará a la parte o partes interesadas, quienes deberán absolver la solicitud en el plazo máximo de quince (15) días calendario de notificado. Si dentro del referido plazo no se presentara la absolución, se entenderá que no tienen observaciones al procedimiento de extinción.

Transcurrido el plazo a que hace referencia el párrafo anterior en el término de diez (10) días calendario la DGH preparará el Proyecto de Resolución Suprema que será sustentado por un informe técnico, elevando los actuados al superior jerárquico para su expedición. La Resolución Suprema será expedida dentro de quince (15) días calendario siguientes y será refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.

DECRETO SUPREMO Nº 017-96-AG
REGLAMENTO DEL ARTÍCULO 7º DE LA LEY Nº 26505, REFERIDO A LAS SERVIDUMBRES SOBRE TIERRAS PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MINERAS O DE HIDROCARBUROS

REGLAMENTO DEL ARTÍCULO 7º DE LA LEY Nº 26505, SUSTITUIDO POR LA LEY Nº 26570

Artículo 1º.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, así como para el transporte de hidrocarburos y minerales por ductos, requiere acuerdo previo con el propietario de las tierras o la culminación del procedimiento de servidumbre.

Artículo 2º.- El acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, el que deberá ser puesto en conocimiento del órgano competente del Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 3º.- La etapa de trato directo entre las partes se inicia mediante carta notarial, en la cual el solicitante de la servidumbre propone al propietario del predio el trato directo.

De no producirse el acuerdo entre las partes en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el solicitante de la servidumbre se dirigirá a la Dirección General de Minería poniendo en conocimiento el agotamiento de la etapa de trato directo, acompañando la constancia de recepción de la carta notarial por el propietario del predio.

En tal virtud, la Dirección General de Minería llamará a las partes y les invocará a conciliar con la participación de un Centro de Conciliación, designado de común acuerdo en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles; en caso de no producirse este acuerdo, la Dirección General de Minería solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción una terna, de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, procure el acuerdo respecto de la servidumbre. La Conciliación se regulará conforme a la Ley de Conciliación y su Reglamento, y será sufragada por el solicitante de la servidumbre, a través de la Dirección General de Minería.

La Dirección General de Minería deberá instruir al propietario del terreno superficial sobre legislación minera y de servidumbre legal minera, así como sobre los derechos que le asisten, previamente a la invocación a conciliar.

Simultáneamente a la invocación a conciliar, la Dirección General de Minería designará un perito minero de la nómina oficial para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre a efectos de la actividad minera planeada y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA para que designe un perito profesional agronómico el que procederá a la tasación del área solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de este Reglamento, elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado.

El plazo máximo para ambas pericias es de quince días (15) hábiles y serán remitidas al Centro de Conciliación y a la Dirección General de Minería para que sirvan de referencia o base en sus respectivos procedimientos.

El acuerdo al que lleguen las partes o la ausencia del mismo será objeto de certificación por parte del Centro de Conciliación, notificándose a la Dirección General de Minería.

Culminada la etapa de conciliación sin que se hubiera producido el acuerdo entre las partes, podrá solicitarse a la Dirección General de Minería el inicio del procedimiento administrativo de servidumbre legal adjuntando la carta notarial inicial, incorporándose entonces al expediente los respectivos informes periciales.

[Texto modificado por el Decreto Supremo Nº 015-2003-AG, publicado el 7 de mayo de 2003]

Artículo 4º.- El establecimiento de servidumbre sobre tierras para la actividad minera, se regirá por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO), aprobado por el Decreto Supremo Nº 014-92-EM, los Artículos 43° y 44° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM y la disposición especial siguiente:

El Director General de Minería, y el Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, dentro del plazo de treinta (30) días útiles de recibidas las pericias, emitirán cada uno su opinión técnica pronunciándose respecto al cumplimiento del procedimiento indicado en la Ley General de Minería y en las disposiciones reglamentarias vigentes, señalando en forma expresa si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, teniendo para ello en cuenta los dictámenes periciales, salvo que a su juicio las pericias contengan vicios o defectos, en cuyo caso ordenará se subsanen, debiendo los peritos entregar la información a dicho órgano en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

En el caso que la servidumbre sea posible sin enervar el derecho de propiedad, el Director General de Minería preparará el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización, conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando todos los actuados dentro del plazo señalado en el párrafo precedente para la expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre, la que será refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.

Expedida la Resolución Suprema, el solicitante consignará en el Banco de la Nación a la orden de la Dirección General de Minería el monto de la indemnización en el plazo máximo de diez (10) días hábiles de notificado con la Resolución, bajo pena de declararse abandonada la solicitud. Efectuada la consignación, la Dirección General de Minería ordenará la suscripción de la escritura pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de notificadas las partes La Resolución Suprema que otorgue la servidumbre sólo podrá contradecirse ante el poder judicial respecto al monto de la indemnización fijada.

La entrega de la indemnización al propietario de la tierra se efectuará contra la firma de la escritura pública.

Si transcurridos los diez (10) días hábiles el propietario no firmase la escritura pública, ésta será firmada en rebeldía por el Director General de Minería, instruyendo al Banco de la Nación para entregar el monto consignado al propietario.

En caso que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministerio

de Energía y Minas.[Texto modificado por el Decreto Supremo Nº 015-2003-AG, publicado el 7 de mayo de 2003]

Artículo 5º.- Cuando el conductor no acredite su derecho de propiedad sobre la tierra objeto de servidumbre, el solicitante depositará el monto indemnizatorio en una cuenta en el Banco de la Nación de la localidad en calidad de consignación, para ser entregado a quien acredite fehacientemente su derecho de propiedad sobre la tierra, procediendo el Director General de Minería a la firma de la escritura de establecimiento de servidumbre.[Texto modificado por el Decreto Supremo Nº 015-2003-AG, publicado el 7 de mayo de 2003]

Artículo 6º.- De conformidad con la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 653 y Artículo 14º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, no procede el establecimiento de servidumbre sobre tierras de uso agrícola o ganadero para el desarrollo de actividades mineras no metálicas.

Artículo 7º.- El establecimiento de servidumbre sobre tierras para las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se regirá por las disposiciones contenidas en el Anexo B del Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo Nº 055-93-EM; el establecimiento de la servidumbre para el transporte de hidrocarburos por ductos se regirá por las disposiciones contenidas en el Reglamento para el Transporte de Hidrocarburos por Ductos aprobado por Decreto Supremo Nº 021-96-EM.

La imposición de la servidumbre se aprobará por Resolución Suprema, refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.

Artículo 8º.- La servidumbre se extinguirá en cualquiera de los casos siguientes:

a) Destinar la servidumbre, sin autorización previa, a fin distinto para el cual se estableció; o,

b) Conclusión de la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.

Artículo 9º.- El valor de la indemnización por el establecimiento de la servidumbre se obtendrá en virtud de la pericia que será efectuada por profesional de la especialidad agronómica del Consejo Nacional de Tasaciones.

El monto indemnizatorio comprende:

a) El valor del área de las tierras que vayan a sufrir desmedro, que en ningún caso será inferior al del doble del arancel de tierras aprobado por el Ministerio de Agricultura.

b) Una compensación monetaria por el eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la afectación, calculado en función a la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio.

c) El valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas por la servidumbre minera.

Los honorarios por el peritaje serán abonados por el solicitante de la servidumbre.[Texto modificado por el Decreto Supremo Nº 015-2003-AG, publicado el 7 de mayo de 2003].

Artículo 10º.- Los titulares de actividad minera, PERUPETRO S.A. o los contratistas de hidrocarburos, según corresponda y los concesionarios para el transporte de hidrocarburos por ductos, que mantienen en uso terrenos eriazos de dominio del Estado, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un plano a escala apropiada y una memoria descriptiva del terreno, señalando las áreas superficiales ocupadas por la explotación, infraestructura, instalaciones y servicios, dentro de un plazo de noventa (90) días de puesto en vigencia este Reglamento, a efecto de que este Sector organice un registro que permita excluir dichos terrenos del procedimiento de subasta.

Capítulo 4
La consulta prelegislativa

Proyecto de Ley N°. 1183-2011/CR

Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República y agrega como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les afecten.

La Congresista que suscribe, **VERÓNIKA FANNY MENDOZA FRISCH**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74º y 75º del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

PROYECTO DE RESOLUCIÓN LEGISLATIVA

El Congreso de la República;
Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y AGREGA COMO ANEXO EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE LES AFECTEN

Artículo 1.- Finalidad
Apruébese el Reglamento del Congreso de la República para el Procedimiento Legislativo de Consulta previa a los pueblos indígenas agregándosele como Anexo II al Reglamento del Congreso y formando parte integrante de él, el cual consta de 40 artículos y 06 Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, los que forman parte de la presente Resolución Legislativa.

Artículo 2.- Vigencia
La presente Resolución Legislativa entrará en vigencia a los 30 días de su publicación en el diario oficial «El Peruano».

Anexo II
Reglamento del Procedimiento Legislativo de
Consulta previa a los Pueblos indígenas

TITULO I
DISPOSICIONES Y PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. Objeto
Es objeto del presente Reglamento el implementar el deber de Consulta previa a los Pueblos indígenas u Originarios en el procedimiento legislativo con la finalidad de obtener el consentimiento de dichos pueblos antes de aprobar una medida legislativa que los afecte.

Artículo 2. Ámbito de aplicación
Este Reglamento se aplica al procedimiento de elaboración y aprobación de las medidas legislativas que adopte el Congreso de la República.
Para el caso de los Decretos Legislativos emitidos según lo dispuesto en el artículo 104 de la Constitución, la respectiva ley autoritativa del Congreso dispondrá imperativamente que, en caso se proyecten normas que puedan afectar a los pueblos indígenas, el Poder Ejecutivo deberá aplicar las definiciones, fuentes y principios del presente Título, así como determinar si procede consultar a los pueblos indígenas aplicando los criterios de afectación y apariencia de afectación establecidos en el presente Reglamento.
En todo lo demás será aplicable el correspondiente Reglamento de consulta previa del Poder Ejecutivo.

Artículo 3. Fuentes de interpretación del derecho a la consulta previa
Son fuentes constitucionales y de interpretación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sobre medidas legislativas que les afecten:
a. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos.
b. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
c. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas.
d. La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas.
e. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas.
f. La Ley No. 29785 Ley del Derecho a la Consulta previa a los Pueblos indígenas y Originarios.
g. Otros instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Artículo 4. Definiciones
Para efectos del presente procedimiento legislativo tómense en cuenta las siguientes definiciones:
a) Acta de Consulta.- Instrumento parlamentario que contiene descripción de los actos y procedimientos llevados a cabo en el proceso de consulta, de las propuestas de las partes, de los acuerdos alcanzados y de los aspectos en los que no hubo acuerdo entre éstas. Es suscrita por la Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas (en adelante la «Comisión Multipartidaria») y por los representantes de los pueblos indígenas.
b) Afectación.- Efecto jurídico de una norma cuyo contenido sea susceptible de modificar directa o indirectamente la vida, identidad cultural o goce del territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas, independientemente de que su carácter sea general o abstracto, de que su propósito busque beneficiarlos o no, o de que su contenido les haga referencia explícita o no.
c) Buena fe.- Intencionalidad manifiesta y activa del Congreso de la República, de los pueblos indígenas y de sus organizaciones representativas, de llegar a un acuerdo o consentimiento libre, previo e informado respecto de una medida legislativa que pueda afectarlos; la cual se expresa a través del respeto y reconocimiento mutuo de sus respectivas instituciones representativas, la cooperación con el proceso de consulta, la utilización de procedimientos culturales adecuados, el respeto de los plazos procedimentales con criterio de flexibilidad, el cumplimiento fiel de los acuerdos alcanzados, y en caso de desacuerdos, la motivación debida de las decisiones finales adoptadas.

d) Decisión final.- Decisión debidamente motivada adoptada por el Congreso de la República para resolver una cuestión de acuerdo a los principios de proporcionalidad y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, sobre una materia o asunto en la que no pudo arribarse a acuerdos vinculantes con los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas durante el proceso de consulta; decisión que en ningún caso podrá poner en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas ni podrá incluir aspectos no consultados previamente.

e) Debida motivación.- Justificación razonada, coherente y culturalmente comprensible de la decisión final que integra la Exposición de Motivos de la medida legislativa, expresiva del proceso lógico jurídico que condujo a la decisión del legislador en determinado sentido, con pronunciamiento suficiente sobre los fundamentos de derecho que la sustentan y que incluye la expresa ponderación de las propuestas y argumentos indígenas no adoptados en la decisión final.

f) Dictamen consultable.- Es el dictamen aprobado en primera votación por el Pleno del Congreso de la República o por la Comisión Permanente, con vocación de integralidad y que por ello recoge todos los aspectos de la voluntad plenamente formada del Congreso la cual será objeto del procedimiento de consulta previa.

g) Medida legislativa.- Leyes y resoluciones legislativas de carácter general, incluidas las de reforma constitucional, que nacen por voluntad soberana del Congreso de la República o por iniciativa de los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas conforme a la ley de participación ciudadana.

h) Plan de Consulta.- Instrumento parlamentario pactado con los pueblos indígenas que contiene la determinación de la medida a consultar, la metodología a seguir, los plazos a observar, el cronograma, lugares de consulta y las reglas de debate y aprobación de los acuerdos.

i) Pueblos indígenas u originarios.- Colectividades poblacionales compuestas por descendientes de quienes habitaban en el Perú en la época de la conquista o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Su naturaleza se determina tomando como criterio fundamental la propia conciencia de su identidad, independientemente de su denominación, siendo criterio referencial su inclusión en la Base de Datos de Pueblos indígenas u Originarios referido en el artículo 20 de la Ley de Consulta previa.

j) Proceso de Consulta previa.- Sucesión lógica y flexible de etapas y procedimientos regidos e inspirados en los principios rectores del derecho a la consulta previa dirigidos a obtener el consentimiento indígena sobre toda medida legislativa que los pueda afectar. Sus etapas están enumeradas en la Ley de Consulta previa e incluyen la participación indígena en la formación de proyectos de ley, de predictámenes y dictámenes, el procedimiento de consulta propiamente dicho y concluye en la adopción de la medida.

k) Procedimiento de Consulta previa.- Serie de actos específicos que se realizan en la etapa de diálogo intercultural, dirigido a que las partes dialoguen en un marco de buena fe y de enfoque intercultural para intercambiar propuestas en torno al dictamen consultable, explicarlas, evaluarlas y analizarlas a fin de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas sobre el mismo. Los acuerdos adoptados como resultado de dicho procedimiento son vinculantes.

l) Ley de Consulta previa.- Ley No.29785 «Ley de Derecho a la Consulta previa a los Pueblos indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo».

m) Reglamento del Congreso.- Reglamento del Congreso de la República.

n) Representante indígena.- Persona natural miembro de un pueblo indígena, elegida conforme a los usos, costumbres y normas consuetudinarias de dichos pueblos y acreditada ante el Estado por quienes serán consultados para representar sus intereses en el respectivo proceso de consulta.

o) Subsistencia de los pueblos indígenas.- Entiéndase por «subsistencia» no solo la supervivencia física, sino la capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio de manera que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y sean respetadas su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.

p) Territorio indígena.- Totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas posean tradicionalmente, ocupen o utilicen de alguna u otra manera, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y sin perjuicio del carácter unitario del Estado referido en el artículo 46 inciso 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas.

Artículo 5.- Principios aplicables a la consulta previa de medidas legislativas

Son aplicables al procedimiento legislativo los siguientes principios:

a) Principio de Buena Fe.- El Congreso y los pueblos indígenas deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Para ello, deberá existir aceptación mutua entre las partes acerca de la metodología de consulta, con independencia de cuáles puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento.

b) Principio de Flexibilidad.- Las normas y plazos previstos en el presente Reglamento deben ser interpretados y aplicados de manera flexible en orden a respetar y no forzar la identidad cultural de los pueblos consultados, teniendo en cuenta las diferencias de cosmovisiones entre indígenas y no indígenas respecto al uso del tiempo y el espacio para adecuarse a las circunstancias concretas de cada pueblo.

c) Principio de Interculturalidad.- Se deben respetar y tomar en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos indígenas para tomar sus decisiones y designar a sus representantes. El proceso de consulta deberá tomar en cuenta la accesibilidad de los pueblos indígenas al procedimiento de consulta a fin de lograr el mayor nivel de participación posible, y también su diversidad lingüística particularmente en aquellas áreas donde el español no sea hablado mayoritariamente.

d) Principio de Libre Determinación de los Pueblos indígenas.- Debido a su carácter preexistente a la formación del Estado, los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente su condición política y de perseguir libremente su propio desarrollo. En consecuencia, toda medida legislativa que se adopte y les afecte, debe ser elaborada con su participación y les debe ser previamente consultada con la finalidad de obtener su consentimiento.

e) Principio de Oportunidad.- Los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa y ser incorporados participativamente lo antes posible dentro del mismo. Deberá tenerse en cuenta su propia capacidad de proponer iniciativas legislativas y no solamente de pronunciarse sobre iniciativas ya formadas.

f) Principio de Soberanía Legislativa del Congreso de la República.- El Congreso de la República representa a la Nación, no está sujeto a mandato imperativo y tiene la facultad de adoptar una decisión final en torno a una determinada medida legislativa. En virtud de dicha soberanía adopta y cumple de buena fe sus obligaciones y las declaraciones internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

g) Principio de Transparencia.- Los pueblos indígenas deben conocer las medidas que pretendan adoptarse explicándoseles cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean éstas positivas o negativas, la metodología de la consulta así como las normas pertinentes que sustenten la medida. La documentación relevante deberá ser traducida a fin de que la comprensión de los consultados pueda garantizarse plenamente.

TÍTULO II
GARANTÍAS Y PROCEDIMIENTOS DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 6.- Etapas del proceso de consulta
El proceso de consulta previa de medidas legislativas comprende las siguientes etapas:
1. Elaboración participativa del proyecto de medida legislativa.
2. Calificación de la medida legislativa y los pueblos indígenas a consultar.
3. Elaboración participativa del pre-dictamen y dictamen de Comisiones.
4. Adopción del dictamen consultable.
5. Procedimiento de consulta previa.
6. Adopción final de la medida legislativa.

CAPÍTULO I
DE LA ELABORACIÓN PARTICIPATIVA DEL PROYECTO DE MEDIDA LEGISLATIVA

Artículo 7.- Opinión preliminar
Los Congresistas de la República que propongan un proyecto de medida legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas de preferencia deberán adjuntar opinión preliminar y formal de alguna organización indígena sobre su iniciativa antes de ingresarla por la Oficialía Mayor del Congreso de la República, teniendo en cuenta para ello el alcance geográfico de su proposición (nacional, regional o local).
Los representantes indígenas tienen el deber de guardar reserva sobre su contenido ante terceros, sin perjuicio de obtener la necesaria asesoría técnica la que se sujetará a la misma confidencialidad. La opinión preliminar no vincula a quien la emite.

Artículo 8.- Plazo
La organización indígena se pronunciará en un plazo no mayor a 15 días hábiles luego de recibida la comunicación del Congresista proponente. En caso de no obtener respuesta, el Congresista podrá ingresar su proyecto de ley indicando tal circunstancia y adjuntando constancia de su intento.

Artículo 9.- Priorización de trámite
Si al emitir su opinión la organización indígena manifestara su respaldo a la iniciativa de medida legislativa, ésta tendrá prioridad en su trámite sobre otras de la agenda. El proyecto incluirá en dicho caso una valoración completa y adecuadamente sustentada de las opiniones indígenas recibidas.
La iniciativa legislativa que conforme a ley provenga de ciudadanos indígenas o que haya sido propuesta por un Congresista de manera consensuada con organizaciones indígenas registradas en la Base de Datos oficial creada por la Ley de Consulta Previa, gozará de la misma preferencia.

Artículo 10.- Análisis costo-beneficio
Los proyectos de ley que contengan propuestas que puedan afectar a los pueblos indígenas deberán incluir dentro de su análisis costo-beneficio un análisis sobre el impacto de su iniciativa sobre dichos pueblos.

CAPÍTULO II
CALIFICACIÓN DE LA MEDIDA LEGISLATIVA E IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS A CONSULTAR

Artículo 11.- Trámite para calificación
Solo los proyectos de ley que en apariencia puedan afectar a los pueblos indígenas serán derivados por la Oficialía Mayor a la Comisión Multipartidaria para que ésta proceda a su calificación definitiva antes de su estudio en Comisiones.

Artículo 12.- Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas
Las funciones de la Comisión Multipartidaria son:
a) Calificar y determinar qué proyectos de medida legislativa deberán ser consultados a los pueblos indígenas.
b) Identificar a qué pueblos y organizaciones indígenas se consultará y, verificar que éstas cuenten con los requisitos necesarios de representatividad.
c) Organizar el proceso de consulta de acuerdo al procedimiento específico.
d) Otras que de acuerdo a su naturaleza se consideren necesarias para el cumplimiento eficaz de la consulta previa a los pueblos indígenas.

Artículo 13.- Apariencia de afectación
Se presume que pudieran afectar a los pueblos indígenas los proyectos de medida legislativa cuyo contenido verse sobre las siguientes materias generales: Amazonía, propiedad y posesión rural, régimen agrario, ordenamiento territorial, ambiente y recursos naturales, justicia intercultural, derechos de igualdad y no discriminación, derechos culturales y religiosos, educación rural, patrimonio inmaterial, propiedad intelectual, minería, energía, hidrocarburos, infraestructura eléctrica y gasífera.
La Oficialía Mayor enviará a la Comisión Multipartidaria aquellos proyectos que cumplan el presente artículo, aplicando -en caso de duda- el criterio más favorable a los pueblos indígenas. Todos los demás proyectos seguirán el procedimiento legislativo ordinario establecido en el Reglamento del Congreso.

Artículo 14.- Cuestión previa sobre proyectos no analizados por la Comisión Multipartidaria
En cualquier estado del procedimiento legislativo ordinario, procede la petición debidamente motivada de un Congresista o una organización indígena solicitando a la instancia respectiva que una determinada medida legislativa sea remitida a la Comisión Multipartidaria para efectos de determinar si corresponde efectuar el proceso de consulta previa. La simple petición produce el efecto de suspender el procedimiento y derivar el proyecto de ley a dicha Comisión para su pronunciamiento.
Si durante el estudio de un determinado proyecto, una de las Comisiones dictaminadoras advirtiera que se trata de una medida legislativa susceptible de consulta previa, ésta y las demás Comisiones dictaminadoras suspenderán su estudio y la remitirán a la Comisión Multipartidaria.
Contra la decisión que deniega la petición del Congresista procede recurso de reconsideración, y luego de apelación ante la Comisión Multipartidaria, sin efecto suspensivo, cuya decisión agota la vía administrativa.
Si la cuestión previa es presentada por una organización indígena, la instancia responsable respectiva decretará la suspensión de éste de manera inmediata remitiendo el proyecto a la Comisión mencionada.

Artículo 15.- Calificación del proyecto de medida legislativa

La Comisión Multipartidaria calificará de manera definitiva los proyectos que sean sometidos a su criterio con la finalidad de determinar si deben ser consultados previamente a los pueblos indígenas.

Esta Comisión remitirá los proyectos de medida legislativa a su Comité Consultivo de Expertos y al Organismo Técnico Especializado en materia indígena establecido en la Ley de Consulta previa a fin de recabar sus opiniones y recomendaciones respecto a:

a. Si corresponde que el proyecto de medida sea consultado a los pueblos indígenas.

b. Si fuera el caso, cuáles serían los pueblos indígenas a ser consultados sobre la medida y,

c. Por medio de qué organizaciones representativas nacionales, regionales o locales, de acuerdo al alcance y naturaleza de la medida.

Serán calificados como medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas aquellos proyectos que los mencionen, los que cumplan con la definición de «Afectación» del presente reglamento, aquellos cuya aplicación general pudiera generar efectos diferenciados sobre ellos y aquellos cuya materia tenga relación con los supuestos de obtención del consentimiento libre, previo e informado.

No son objeto de consulta las normas de carácter tributario, presupuestario ni aquellas de carácter extraordinario dirigidas a atender situaciones de emergencia producidas por catástrofes naturales o tecnológicas, emergencias sanitarias, incluyendo atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas. Sin perjuicio de ello, su aprobación tomará en cuenta los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Artículo 16.- Comité Consultivo de Expertos

El Comité Consultivo de Expertos emitirá su Informe y lo remitirá a la Comisión Multipartidaria pronunciándose sobre los puntos mencionados en el artículo anterior.

El Comité podrá elaborar sus informes en base a información recibida de las propias organizaciones y pueblos indígenas manteniendo en todo momento su independencia. Ni el informe del Órgano Técnico Especializado ni el del Comité Consultivo son vinculantes para la Comisión Multipartidaria. Dichos organismos emitirán su opinión en un plazo máximo de 20 días hábiles.

Artículo 17.- Acreditación de representatividad de las organizaciones indígenas

La Comisión Multipartidaria identificará a los pueblos o comunidades indígenas que serán afectadas por determinada medida legislativa y según el alcance de la medida les solicitará que acrediten a sus organizaciones representativas las cuales deberán estar inscritas en la Base de Datos oficial del Poder Ejecutivo. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario serán representados por las organizaciones indígenas de alcance nacional que se acrediten como tales.

Los representantes indígenas acreditados deberán incluir necesariamente una significativa proporción de mujeres indígenas en los órganos representativos de sus organizaciones.

Artículo 18.- Decisión de la Comisión Multipartidaria

18.1. Agotado el plazo precedente, la Comisión Multipartidaria, evaluará y adoptará en el plazo más breve una Resolución debidamente motivada por mayoría simple. Dicha resolución será notificada a las organizaciones indígenas interesadas y remitida a la Oficialía Mayor para que ésta última continúe el trámite del proyecto.

18.2. En caso de que la Comisión Multipartidaria haya resuelto que el Proyecto no requerirá de Consulta previa, la Oficialía Mayor lo remitirá para su respectivo estudio a la Comisión o Comisiones decretadas correspondientes. Contra esta decisión, Congresistas u organizaciones indígenas pueden

interponer recurso de reconsideración, o de apelación ante la Presidencia del Congreso de la República sin efecto suspensivo, con lo que se agota la vía administrativa.
18.3. En caso de que la Comisión Multipartidaria haya resuelto que sí requiere consulta, la Oficialía Mayor lo decretará a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología como una de sus Comisiones Dictaminadoras. En cualquier caso, las organizaciones indígenas recibirán copia de la respectiva resolución y del proyecto de medida legislativa en cuestión con la finalidad de que se inicie la etapa de publicidad de la medida entre los pueblos indígenas respectivos. La notificación de la resolución deberá ser culturalmente adecuada, real y efectiva.

Artículo 19.- Exoneración
En el caso de que la Junta de Portavoces haya exonerado de alguna etapa del procedimiento legislativo a proyectos que puedan afectar a los pueblos indígenas, éstos deberán seguir por el procedimiento de consulta previa antes de su debate y aprobación por el Pleno del Congreso o la Comisión Permanente, cualquiera sea su etapa y a solicitud del Presidente de la Comisión Multipartidaria.

CAPÍTULO III
ELABORACIÓN PARTICIPATIVA DEL PRE-DICTAMEN Y DICTAMEN DE COMISIONES

Artículo 20.- Convocatoria a participación en los estudios de Comisiones
Recibido el proyecto de ley por la Comisión o Comisiones dictaminadoras así como por las organizaciones indígenas representativas, la Comisión que haya sido decretada como principal convocará a dichas organizaciones y a los Congresistas a sesiones conjuntas para efectos del estudio de la iniciativa legislativa. Dichas sesiones conjuntas serán dirigidas por el Presidente de la Comisión principal.
Para efectos de adoptar su propio Dictamen, las Comisiones conservarán cada una sus propias reglas de quórum y votación. En caso votasen adoptar un dictamen conjunto, se sujetarán a las reglas ordinarias del Reglamento del Congreso.

Artículo 21.- Participación indígena en los estudios de Comisiones
A través de sus organizaciones representativas, los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en las medidas legislativas que se proyecten y puedan afectarlos.
La Comisión o Comisiones encargadas de dictaminar el proyecto solicitarán opinión a las organizaciones indígenas sobre el mismo sin perjuicio de garantizar su derecho de participación durante las sesiones de las Comisiones en las que se estudie el mismo, pudiendo ellas y sus asesores técnicos aportar planteamientos a la elaboración del proyecto de dictamen que será sometido a debate en las Comisiones.
Las Comisiones garantizarán que los representantes de los pueblos indígenas que serán consultados participen con plena igualdad de voz y sin voto en todos los debates que correspondan al proyecto en cuestión. La participación indígena tiene el derecho a contar con su propia asesoría durante las sesiones, la misma que en ningún caso podrá asumir rol de vocería. De ser el caso, el Congreso pondrá a disposición de la Comisión los respectivos intérpretes que facilitarán la comprensión inter-lingüística de las partes.

Artículo 22.- Sesiones descentralizadas
Las Comisiones podrán realizar sesiones descentralizadas para efectos de facilitar la participación de representantes indígenas en el estudio de la medida legislativa. El Congreso asumirá los costos que irrogue la participación indígena en los debates.

Artículo 23.- Valoración de los planteamientos indígenas
Los aportes, opiniones y participación indígenas deberán ser adecuadamente valoradas por las Comisiones en la redacción de pre-dictámenes y dictámenes. Dado el carácter no definitivo del dictamen de Comisión, en esta etapa no se llegarán a acuerdos vinculantes entre las partes.
Las transcripciones o registros audiovisuales de las sesiones forman parte del Acta de Consulta a tomar en consideración para la adopción final de la medida legislativa.
La realización de las sesiones participativas de Comisiones, no implica que se prescinda de solicitar otras opiniones que se requieran conforme a lo ya regulado en el Reglamento del Congreso.

Artículo 24.- Culminación de la etapa de participación en Comisiones
Elaborado el dictamen de Comisión con participación indígena y aprobado su contenido por los Congresistas, se sigue el trámite de acuerdo al procedimiento establecido por el Reglamento del Congreso.

CAPÍTULO IV
ADOPCIÓN DEL DICTAMEN CONSULTABLE

Artículo 25.- Priorización de dictámenes
La Mesa Directiva priorizará en la agenda legislativa los proyectos de ley cuyos dictámenes hayan contado con participación y respaldo de los pueblos indígenas en su elaboración, para su correspondiente debate en el Pleno del Congreso o en la Comisión Permanente.

Artículo 26.- Aprobación del dictamen consultable
El Pleno o, si es el caso, la Comisión Permanente procederán al debate de la proposición de ley o de resolución legislativa, la que de aprobarse en primera votación constituirá dictamen consultable y será remitido a la Comisión Multipartidaria para que ésta aplique el procedimiento de consulta previa en representación del Congreso de la República.

CAPÍTULO V
PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE CONSULTA

Artículo 27.- Uso de intérpretes
La Comisión Multipartidaria deberá asegurarse que durante todo el proceso de Consulta, las organizaciones indígenas que así lo requieran gocen de la asistencia de intérpretes y demás condiciones que garanticen la transparencia y comprensión intercultural en el diálogo que se establezca con el Congreso. Para ello podrá servirse del Registro a cargo del órgano técnico especializado establecido por la Ley de Consulta.

Artículo 28.- Publicidad e información del proyecto de medida legislativa
Aprobada la propuesta de medida legislativa en primera votación, la Comisión Multipartidaria dará inicio al procedimiento de consulta previa el cual se iniciará con la publicidad y plena información a los pueblos indígenas mediante sus organizaciones representativas.
La Comisión Multipartidaria se asegurará de que las organizaciones indígenas reciban de manera anticipada copia fidedigna, clara y legible del Proyecto objeto de consulta, a efectos de garantizar que dichas organizaciones puedan transmitir la información a sus representados de acuerdo a sus propias costumbres, tradiciones y normas internas, con el objeto de avanzar el análisis y reflexión sobre las decisiones que adoptarán frente al Dictamen del proyecto. La notificación del Proyecto deberá ser culturalmente adecuada, real y efectiva.
Se podrá disponer la transmisión del contenido del dictamen consultable en idioma indígena si así lo solicitasen los pueblos a ser consultados, para lo cual se podrá utilizar medios escritos u orales, en cuyo caso serán objeto de la respectiva grabación.

Artículo 29.- Elaboración conjunta del Plan de Consulta
La Comisión Multipartidaria convocará a las organizaciones indígenas representativas para elaborar de manera conjunta el Plan de Consulta, el cual será aprobado por consenso e incluirá la determinación de la medida a consultar, la metodología a seguir, los plazos a observar, el cronograma, lugares de consulta y las reglas de debate y aprobación de los acuerdos, y otras cuestiones a que hubiere lugar. En caso de desacuerdo insalvable, corresponde que la Comisión Multipartidaria adopte una decisión final.
A efectos de la adopción de acuerdos con las organizaciones indígenas, los miembros de la Comisión Multipartidaria actúan en representación de sus respectivos Grupos Parlamentarios. Se entenderá formada la voluntad de la Comisión Multipartidaria en cuanto tal, cuando ella adopte una decisión por mayoría de sus miembros.

Artículo 30.- Evaluación interna de la iniciativa legislativa
Puesto en conocimiento de las organizaciones indígenas el dictamen consultable, las mismas lo analizarán por un tiempo razonable y adecuado a la complejidad de la medida legislativa. Dicho periodo de evaluación interna deberá garantizar la participación y deliberación libre e informada de los pueblos representados, especialmente de las mujeres, las personas con discapacidad, la niñez y los adultos mayores.
Los pueblos indígenas analizarán con plena libertad los alcances de la medida a adoptarse. Las organizaciones acreditarán el cumplimiento de la evaluación interna de sus representados mediante Actas de Asamblea válidamente convocadas y realizadas para dicho proceso de consulta en particular, debidamente suscritas por los miembros del pueblo indígena con inclusión de sus nombres completos, firmas o huellas digitales, dejando expresa constancia que se otorga el mandato de acuerdo a sus usos, costumbres y derecho propio.

Artículo 31.- Quórum y votación
La Comisión Multipartidaria señalará la fecha para la realización de la sesión de consulta previa a los pueblos indígenas de acuerdo al Plan de Consulta aprobado. Se aplican a tal sesión las reglas generales establecidas para el quórum y votación de las sesiones ordinarias.

Artículo 32.- Inicio de la consulta previa
La sesión de consulta previa se iniciará luego de que el Presidente de la Comisión Multipartidaria verifique el quórum legal de Congresistas para las sesiones. Asimismo, deberá verificar la presencia

de las organizaciones indígenas citadas y de los miembros de la Comisión Multipartidaria. La ausencia de las organizaciones por causa fortuita o fuerza mayor no faculta al inicio de dicha sesión.
El Presidente de la Comisión Multipartidaria abrirá la sesión sustentando el dictamen aprobado por el Pleno o el Consejo Permanente. Una vez terminada dicha sustentación, correrá traslado a las organizaciones indígenas para que de manera ordenada puedan solicitar las aclaraciones necesarias, efectuar sus observaciones o plantear sus propuestas sobre el dictamen.

Artículo 33.- Sesiones de Consulta continuadas y descentralizadas
Con el objeto de garantizar la finalidad y los objetivos de la consulta previa, de acuerdo a las circunstancias ésta podrá realizarse en una o varias sesiones continuadas, que para efectos del presente procedimiento constituyen la sesión de consulta previa. Asimismo, podrá preverse la realización de sesiones de consulta descentralizadas si ello conviniere a los fines de la consulta. En dicho caso se deberá prever que las sesiones no se concentren solo en una determinada región o zona geográfica, excepto cuando ello corresponda por el alcance del proyecto de ley que se pretende aprobar.

Artículo 34.- Consentimiento
Producido el intercambio de puntos de vista sobre el dictamen consultable, realizadas las aclaraciones y planteadas las propuestas, las organizaciones indígenas podrán expresar su consentimiento o desacuerdo parcial o total sobre el mismo.
Se forma el consentimiento de los pueblos indígenas cuando las organizaciones indígenas manifiestan su aceptación por mayoría. Ello constará en el Acta de Consulta debiendo incluirse asimismo las posiciones de las organizaciones que no hayan consentido.
Cuando las organizaciones indígenas consultadas nieguen mayoritariamente su consentimiento al dictamen o a ciertos aspectos de él, éstas podrán alcanzar propuestas que adicionen o eliminen los aspectos de la fórmula legal que consideren las perjudican, o aún cuestionar en sí misma la medida sustentando de qué forma lo hace.
Tales expresiones serán recogidas en el Acta de Consulta que será transmitida al Pleno del Congreso por el Presidente de la Comisión Multipartidaria para ser consideradas y valoradas en ocasión del segundo debate del dictamen.

Artículo 35.- Carácter vinculante de los acuerdos
Durante el diálogo intercultural realizado en el procedimiento de consulta, solamente adquieren carácter vinculante los acuerdos adoptados entre las organizaciones indígenas y la Comisión Multipartidaria sobre el texto del dictamen aprobado en primera votación.
Durante dicho diálogo, la Comisión también podrá adoptar acuerdos no vinculantes con los pueblos indígenas con cargo a solicitar al Pleno del Congreso su ratificación durante el segundo debate y votación.
En dicha ocasión, independientemente del Acta de Consulta ya informada al Congreso, la Comisión Multipartidaria podrá proponer al Pleno un dictamen sustitutorio con una nueva fórmula legal que distinga claramente entre sí:
a) Las normas que constituyen acuerdos vinculantes entre el Pleno del Congreso y los pueblos indígenas;
b) Las normas que constituyen acuerdos no vinculantes entre la Comisión Multipartidaria y los pueblos indígenas, sobre las cuales ésta solicita ratificación;
c) Las normas del dictamen consultado que no fueron consentidas por los pueblos indígenas.

Artículo 36.- Resultado del proceso de consulta
La posición final de los pueblos consultados será plasmada en el Acta de Consulta previa**,** el mismo que contendrá todos los actos y ocurrencias realizadas en la Sesión de Consulta. Dicha Acta enumerará y explicará claramente las consideraciones objeciones y propuestas aportadas por las organizaciones indígenas, debiendo señalarse claramente si se ha logrado el consentimiento.
El Presidente de la Comisión Multipartidaria remitirá el dictamen consultado al Pleno del Congreso o a la Comisión Permanente según sea el caso, para someterlo a segundo debate y votación definitiva adjuntando la respectiva Acta de Consulta.

Artículo 37.- Deber de obtener el consentimiento
Se deberá obtener el consentimiento previo, libre e informado sobre toda medida legislativa que verse sobre desplazamiento, migración o reasentamiento de poblaciones indígenas, declaración de necesidad pública que tenga el efecto de privar o limitar su posesión y/o propiedad territorial, y sobre almacenamiento, transporte, embalaje, manipulación, utilización y reutilización de materiales y residuos peligrosos o tóxicos sobre tierras indígenas.
En los casos que ciertas medidas legislativas deban ser dictadas por causa de seguridad nacional de acuerdo al artículo 70 de la Constitución, ellas deberán necesariamente incluir disposiciones sobre el retorno de los pueblos afectados o las medidas compensatorias e indemnizatorias que correspondan. Éstas deberán aprobarse previa expresión del consentimiento indígena.

CAPÍTULO VI
ADOPCIÓN FINAL DE LA MEDIDA LEGISLATIVA

Artículo 38.- Adopción de la medida
Antes de proceder a la segunda votación del dictamen consultado, el Pleno o la Comisión Permanente deberá pronunciarse sobre los aspectos no acordados con los pueblos indígenas, pudiendo procederse a una votación separada sobre los mismos.
Las propuestas indígenas que sean aceptadas por el Congreso de la República adquieren carácter de acuerdo vinculante. Las no aceptadas, serán objeto de decisión final por el pleno del Congreso en base al principio de buena fe, con la debida motivación y sin poner en riesgo la subsistencia de los pueblos indígenas**.**
Procede la interposición de los respectivos recursos impugnativos contra dicha decisión final.
El Presidente de la Comisión Multipartidaria cerrará el Acta de Consulta previa con el texto aprobado de la medida legislativa consultada y dará por concluido el proceso de consulta previa, salvo lo dispuesto en el artículo 40 de este reglamento.

Artículo 39.- Promulgación
Aprobado el dictamen consultado en segunda votación, éste se remite a las organizaciones indígenas consultadas para su información, y al Presidente de la República para su promulgación, acompañándose la respectiva Acta de Consulta y la Autógrafa.

Artículo 40.-Observaciones del Presidente de la República al dictamen consultado
En caso de que el Presidente de la República efectúe observaciones o reconsideraciones al dictamen consultado que afecten directa o indirectamente los acuerdos adoptados con los pueblos indígenas, la

Comisión Multipartidaria convocará nuevamente a sesiones de consulta previa con las organizaciones indígenas para considerarlas.
Si los pueblos indígenas no consintieren las observaciones propuestas por el Presidente de la República, la Comisión respectiva insistirá necesariamente en éstas y el Congreso promulgará la norma. Con esta última decisión se cierra el Acta de Consulta previa y el Presidente de la Comisión Multipartidaria da por concluido el proceso de Consulta previa a los pueblos indígenas.

DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y COMPLEMENTARIAS

Primera.- Aplicación priorizada
Dispóngase la prioritaria aplicación del presente reglamento al trámite de los proyectos de ley cuya materia verse sobre el derecho de consulta previa, consolidándose el estudio y debate de dichos proyectos en un solo proceso de consulta. En segundo lugar, aplíquese a todo proyecto de ley que haga mención explícita a los pueblos indígenas de acuerdo al estado de su procedimiento legislativo.

Segunda.- Reconducción de trámite
Todo proyecto legislativo que cumpla con los criterios establecidos en los artículos 13 y 15 del presente reglamento y no haya culminado su etapa de estudio en Comisiones, deberá reconducirse según el procedimiento establecido en el artículo 14 de este reglamento.
Aquellos cuyo dictamen haya sido aprobado y no hayan sido aún objeto de aprobación por el Pleno o la Comisión Permanente serán objeto de reconducción desde la etapa de consulta previa establecida en el capítulo V del presente reglamento.

Tercera.- Modificatoria del Reglamento del Congreso
Modifíquense los artículos 27, 35 y 65 del Reglamento del Congreso de la República con el siguiente texto:

*«**Artículo 27º.-** La organización parlamentaria del Congreso tiene los siguientes órganos:*
(…)
*e) Las Comisiones, que pueden ser ordinarias, de investigación, especiales **y la Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas.***
(...).»

***«Artículo 35°**.- Existen **cinco** clases de Comisiones:*
(…)
e) Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas, responsable de determinar si un proyecto de ley o de resolución legislativa debe ser consultado a los pueblos indígenas, de identificar a las organizaciones indígenas a ser consultadas y de ejecutar el procedimiento de consulta respectivo.
(…)»

***«Artículo 65º.-** Son instrumentos procesales parlamentarios las proposiciones parlamentarias, **las Actas y Planes de Consulta previa** y los dictámenes e informes de las Comisiones.*
Las Actas y Planes de Consulta previa a los pueblos indígenas se definen y elaboran de acuerdo a lo establecido en su propio procedimiento especial. (...)»

Cuarta.- Creación de la Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas
Créase la Comisión Multipartidaria de Consulta previa a los Pueblos indígenas. La conformación y organización de esta Comisión se regirá por las mismas reglas, criterios y principios que se aplican para la conformación de las Comisiones Ordinarias.
Dicha Comisión y su órgano de asesoramiento deberán ser instalados dentro de los 20 días hábiles de publicado el presente Reglamento.

Quinta.- Comité Consultivo de Expertos
Créase el Comité Consultivo de Expertos como órgano de asesoramiento técnico a la Comisión Multipartidaria que será integrada por 06 expertos independientes, de reconocida competencia en asuntos indígenas, sin vínculo de dependencia con el Estado (salvo se trate de docencia) o con organizaciones indígenas. De ellos, 03 serán propuestos por la Comisión y 03 por las organizaciones indígenas acreditadas en la Base de Datos conducida por el Órgano Técnico Especializado establecido en la Ley de Consulta. Su elección atenderá a criterios interdisciplinarios.
En defecto de acuerdo entre las organizaciones indígenas, dichos expertos serán elegidos por la Comisión Multipartidaria entre profesores universitarios de reconocida competencia en la materia.
Sus integrantes desempeñarán funciones *ad honorem* hasta el término del periodo legislativo, pudiendo ser reelegidos una sola vez.

Sexta.- Adecuación de medidas legislativas no consultadas de acuerdo al Convenio 169 de la OIT
En virtud de la obligación internacional del Estado peruano de adecuar su derecho interno a las normas de los tratados internacionales de los que es parte, el Congreso procederá a la adecuación progresiva de las medidas legislativas adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 que no hayan sido objeto de consulta previa y que los pueblos indígenas consideren que les afecten, mediante el siguiente procedimiento transitorio:
6.1. Dentro del término de 12 meses calendarios desde la entrada en vigencia del presente reglamento, por intermedio de sus organizaciones representativas nacionales los pueblos indígenas podrán solicitar al Presidente del Congreso que se adecúen determinadas leyes o resoluciones de carácter general al deber estatal de consulta previa.
6.2. Dicha solicitud deberá incluir una fundamentación de hecho y de derecho sustentando de manera concreta cómo dicha norma ha afectado y afecta los derechos de los pueblos indígenas, la especificación del artículo o artículos que se solicita modificar y necesariamente la fórmula legal de la propuesta de modificación. Además, la organización indígena nacional que la suscriba deberá acreditar que su petición es resultado de un mandato expreso de sus representados adjuntando las correspondientes Actas de Asamblea de sus organizaciones afiliadas en las que consten los nombres completos, firmas o huellas digitales de los miembros de los pueblos o comunidades indígenas afectados.
6.3. El Presidente del Congreso derivará dicha solicitud a la Comisión Multipartidaria para que califique si la norma acusada afecta a los pueblos indígenas y determine a qué organizaciones deberá consultarse la correspondiente adecuación legislativa.
6.4. Admitido el pedido, la Comisión Multipartidaria derivará la propuesta indígena a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología para que ésta la estudie y emita dictamen. Desde esta etapa se aplicará el presente reglamento a partir de lo establecido en el Capítulo III.
6.5. Contra la decisión del Congreso que deniega la adecuación de la norma, procede recurso de reconsideración. Agotada la vía, proceden los respectivos recursos impugnativos.

Séptima.- Aplicación supletoria
En todo lo no previsto en el presente reglamento se aplica el Reglamento del Congreso de la República.

Lima, 18 de mayo de 2012
VERÓNIKA FANNY MENDOZA FRISCH
Congresista de la República

Propuesta de Resolución Legislativa *
Normas que regulan el derecho a la consulta prelegislativa a pueblos indígenas, la iniciativa legislativa indígena y los canales de comunicación entre el Parlamento y los pueblos indígenas

Título I
Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto
El objeto de la presente Resolución Legislativa es desarrollar el derecho a la consulta prelegislativa a pueblos indígenas, la iniciativa legislativa indígena y establecer canales de comunicación y diálogo entre el parlamento y los pueblos indígenas.

Artículo 2. Fuentes del derecho
Los derechos indígenas aquí regulados tienen por fuente a la Constitución Política del Perú, normas y jurisprudencia nacionales e internacionales, especialmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la ley 29785.

Artículo 3. Interpretación
Todas las disposiciones de la presente ley deberán interpretarse de acuerdo a las fuentes del derecho de los pueblos indígenas. Ante diversas interpretaciones posibles, el operador jurídico optará por aquella que tutele de mejor manera los derechos de los pueblos indígenas.

Artículo 4. Irrenunciabilidad de derechos indígenas
Los pueblos indígenas no pueden renunciar a sus derechos individuales o colectivos de carácter fundamental. Las normas que se aprueben no podrán afectar de manera irrazonable los derechos y/o bienes jurídicos indígenas.

Artículo 5. Diálogo intercultural y comunicación vía métodos y procedimientos adecuados
Para un ejercicio cabal del derecho a la consulta prelegislativa debe desarrollarse un flujo constante de información y comunicación entre el Congreso y los pueblos indígenas a través de métodos y procedimientos culturalmente adecuados, que tengan en cuenta la organización política de los pueblos, y que permitan la instauración del diálogo intercultural.

Título II
Iniciativa legislativa indígena

Artículo 6. Titularidad
Los pueblos indígenas, a través de sus instituciones políticas y cumpliendo sus propios métodos de toma de decisión, tienen derecho a presentar iniciativas legislativas.

* Elaborado por César Bazán Seminario del Instituto de Defensa Legal

Artículo 7. Alcance nacional o local
Los proyectos de ley que tengan alcance nacional deberán ser presentados por la mitad más uno de las organizaciones de nivel nacional o por el 0.3% de la población indígena nacional.
Los proyectos de ley que tengan alcance regional o local deberán ser presentados por la mitad mas uno de las organizaciones indígenas del respectivo nivel o por el 0.3% de la población indígena regional o local, según sea el caso.

Artículo 8. Materias
La iniciativa legislativa indígena se podrá ejercer en materias vinculadas a derechos o bienes jurídicos de pueblos indígenas. No podrá ejercerse en ninguno de los casos indicados en el inciso 1 del artículo 76 del Reglamento del Congreso.

Artículo 9. No exclusión de la iniciativa legislativa ciudadana
Los y las integrantes un pueblo indígena pueden ejercer también el derecho a la iniciativa legislativa ciudadana desarrollado en el artículo 76 inciso 3 del Reglamento del Congreso y el artículo 11 de la ley 26300.

Título III
Comisión Especial Indígena

Artículo 10. Composición
La Comisión Especial Indígena está compuesta por cinco integrantes. Sus miembros son representantes indígenas de las organizaciones indígenas de competencia nacional, elegidos por estas mismas organizaciones. El cargo se renueva cada tres años. Es posible una reelección.
El número de miembros de la Comisión Especial Indígena puede ser ampliado por ésta a siete.

Artículo 11. Autonomía
La Comisión Especial Indígena está adscrita a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. No está sujeta a relación de dependencia funcional y goza de autonomía.
La Comisión Especial Indígena tiene un régimen especial, diferente al descrito en el primer párrafo del artículo 26 del Reglamento del Congreso. Se regula mediante esta norma y las disposiciones que ella misma dicte para su funcionamiento interno.

Artículo 12. Funciones
La Comisión Especial Indígena cumplirá las siguientes funciones:
a. Decisión y/o asesoría técnica intercultural en determinados aspectos del procedimiento de consulta prelegislativa, de acuerdo a lo regulado en la presente norma.
b. Absolver consultas, a solicitud de las comisiones especializadas o congresistas respecto de materias referidas a pueblos indígenas.
c. Generar canales de comunicación entre el Congreso y los pueblos indígenas.

Artículo 13. Ambiente, presupuesto y recursos materiales
El Congreso dotará a la Comisión Especial Indígena de un ambiente de trabajo adecuado en las instalaciones congresales, presupuesto suficiente y demás recursos materiales que fueran necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
La Comisión Especial Indígena podrá contar con asesores parlamentarios.
Los integrantes de la Comisión Especial Indígena recibirán una dieta por el cumplimiento de su labor.

Título IV
Flujo de información entre el Congreso y los Pueblos Indígenas

Artículo 14. Proyectos de ley y análisis de afectación a pueblos indígenas
Todo proyecto de ley incorporará un análisis debidamente motivado respecto de la afectación directa a derechos y/o bienes jurídicos de pueblos indígenas, para efectos de su consulta previa. En caso se identifique la afectación, el proyecto deberá señalar los pueblos indígenas afectados.

Artículo 15. Análisis oficial sobre la afectación a pueblos indígenas
Tras la verificación de los requisitos formales y antes del envío a comisiones, el proyecto de Ley es revisado por una comisión especial convocada por el Oficial Mayor y compuesta por él, la vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas legislativas y dos representantes indígenas de la Comisión Especial Indígena.
Esta comisión especial tendrá por función verificar la eventual afectación a derechos y/o bienes jurídicos indígenas y los pueblos que se afectarán. Las decisiones son tomadas por mayoría. En caso de empate, tiene voto dirimente el representante más antiguo de las organizaciones indígenas.
En cualquier momento del procedimiento parlamentario, sea a nivel de comisiones o en el Pleno, un congresista o pueblo indígena afectado puede informar a la comisión descrita en este artículo que un proyecto afecta derechos y/o bienes de pueblos indígenas. En ese caso, la comisión se pronunciará sobre esta comunicación. No puede solicitarse pronunciamiento sobre un proyecto de ley ya analizado, salvo que el contenido de este haya sido modificado en el debate parlamentario.

Artículo 16. Remisión del proyecto de ley a los pueblos indígenas
En caso se identifique un proyecto de ley que afecte derechos y/o bienes jurídicos de pueblos indígenas, el proyecto será comunicado, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, a los pueblos indígenas que se prevé afectar.

Artículo 17. Solicitud de opinión a los pueblos indígenas
Durante la etapa de estudio en comisiones, la comisión respectiva solicitará opinión a los pueblos indígenas eventualmente afectados con la medida legislativa. La solicitud de opinión deberá ser trasmitida atendiendo a métodos y procedimientos culturalmente adecuados. También se solicitará opinión a la Comisión Especial Indígena.

Artículo 18. Remisión del dictamen a los pueblos indígenas
Los dictámenes que eventualmente afecten derechos de pueblos indígenas deberán ser comunicados a los pueblos indígenas correspondientes, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, respetando a las autoridades políticas de los pueblos.

Título V
La consulta prelegislativa

Artículo 19. Finalidad
El derecho a la consulta prelegislativa ostenta rango constitucional y tiene por finalidad alcanzar, mediante el diálogo intercultural, un acuerdo o consentimiento entre el Parlamento y los pueblos indígenas afectados por una medida legislativa que involucre directamente los derechos individuales o colectivos y/o bienes jurídicos protegidos de los pueblos indígenas.

La consulta prelegislativa es un mecanismo para proteger el derecho a la autodeterminación, la participación ciudadana indígena y otros derechos y/o bienes jurídicos.

Artículo 20. Principios

Son principios aplicables a la consulta de actos normativos del Congreso los siguientes:

a. Proporcionalidad. Las medidas legislativas deben cumplir con el principio de proporcionalidad en caso ellas limiten o afecten derechos de pueblos indígenas.

b. Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa a ser adoptada.

c. 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.

d. Buena fe. El Congreso analiza y valora la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza y respeto mutuo. El Congreso y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe.

e. Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especialias de los pueblos indígenas involucrados.

f. Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa objeto de consulta.

g. 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.

h. Información suficiente, oportuna y en formato accesible. Los pueblos indígenas 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. Esta información será entregada de manera oportuna y mediante formatos accesibles para la población indígena.

i. Idioma. Para la realización de la consulta se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas. Para ello, deberán utilizarse intérpretes y la información básica debe constar en todos los idiomas pertinentes, entre otras medidas.

Artículo 21. Medidas objeto de consulta

Serán consultadas todas las medidas legislativas que generen una afectación directa a derechos y/o bienes jurídicos de pueblos indígenas, inclusive aquellas que aparentemente favorezcan a intereses de los pueblos indígenas.

Artículo 22. Pueblos indígenas a ser consultados

Deben ser consultados todos aquellos pueblos indígenas, cuyos derechos y/o bienes jurídicos se vean afectados por la medida legislativa.

Los propios pueblos indígenas decidirán quienes participan en el proceso de consulta. En su defecto, rigen las siguientes reglas:

a. Para normas de alcance nacional serán consultadas las organizaciones nacionales y las organizaciones regionales que no estén afiliadas a ellas o las que, estando afiliadas, consideren necesaria su participación en el proceso.

b. En caso de normas de alcance geográfico más limitado que afectan a determinada jurisdicción, serán consultados los pueblos indígenas de dicha jurisdicción.

Artículo 23. Supuestos de consentimiento
En concordancia con reglas de Derecho Internacional, será necesario el consentimiento de los pueblos indígenas afectados directamente por una medida legislativa cuando dicha medida:
a. Regule el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas;
b. Disponga el desarrollo de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente; o,
c. Genere un impacto a gran escala que modifique de manera radical la forma de vida de los pueblos indígenas o ponga en riesgo su supervivencia.
La falta de consentimiento tendrá como consecuencia el archivo de la medida legislativa.

Artículo 24. Momento de la consulta
La consulta prelegislativa se llevará a cabo luego de la aprobación del dictamen en primera votación, por parte del Pleno del Congreso.
Las medidas legislativas que afecten derechos de pueblos indígenas no pueden ser exoneradas de segunda votación.

Artículo 25. Etapas del procedimiento de consulta
El procedimiento de consulta contará con las siguientes etapas mínimas:
a. Identificación de la medida legislativa, objeto de la consulta
b. Identificación de los pueblos afectados
c. Publicidad de la medida legislativa
d. Información sobre la medida legislativa
e. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas sobre la medida legislativa que les afecte directamente
f. Proceso de diálogo entre representantes del Congreso y representantes de los pueblos indígenas
g.Decisión

Artículo 26. Identificación de la medida y de los pueblos afectados
Con anterioridad al proceso de consulta ha habido diversas oportunidades en que se ha identificado la medida legislativa, objeto de la consulta, y los pueblos indígenas eventualmente afectados, tal como indica el artículo 15 de la presente Resolución Legislativa.
Para iniciar el procedimiento de consulta, la Comisión Especial Indígena analizará el proyecto de ley aprobado en primera votación y determinará la existencia de afectación directa de derechos y/o bienes jurídicos de pueblos indígenas, así como los pueblos eventualmente afectados.

Artículo 27. Comisión de consulta y elaboración de plan de consulta
Para la realización del proceso de consulta, el Pleno designará una comisión especial compuesta por integrantes de todas las bancadas, representados de acuerdo al correspondiente número de escaños en el Pleno. Esa comisión podría ser la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.
La comisión de consulta tendrá a su cargo la realización del proceso de consulta y contará con facultades para arribar a acuerdos, producto del procedimiento de consulta. Para el ejercicio de sus funciones contará con la asesoría técnica intercultural de la Comisión Especial Indígena.

Artículo 28. Plan de consulta y cumplimiento de cada una de las etapas de la consulta
La comisión de consulta y los pueblos indígenas afectados, con la asesoría técnica intercultural de la Comisión Especial Indígena, elaborarán el Plan de consulta. El plan de consulta debe contener cada una de las etapas restantes del procedimiento de consulta: publicidad, información, evaluación interna de los pueblos indígenas, diálogo intercultural y decisión.
El diálogo intercultural debe realizarse respetando el idioma, las tradiciones y parámetros culturales de los pueblos indígenas consultados.

Artículo 29. Participación de asesores y observadores
Los pueblos indígenas consultados podrán contar con asesores en los temas que serán materia de consulta. Estos podrán participar y hacer uso de la palabra siempre que alguna de las partes se lo solicite. Podrán participar en el proceso de consulta, en calidad de observadores, instituciones de la sociedad civil o del Estado que tengan un interés en el tema y/o que sean especialistas en la materia consultada, siempre que actúen de buena fe. La participación de los observadores está condicionada a la aceptación de ambas partes. En ningún momento o bajo ninguna circunstancia estos podrán obstruir o impedir el desarrollo de la consulta.

Artículo 30. Acta de consulta
Al final del procedimiento se contará con un acta suscrita por los participantes, en la que estarán registrados los acuerdos, discrepancias, opiniones y demás incidencias de la consulta.

Artículo 31. Segundo debate y votación de los puntos de discrepancia
La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa corresponde al Pleno del Congreso. Dicha decisión implica un debate y evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría sobre los derechos de los pueblos indígenas. Bajo ninguna circunstancia la decisión normativa podrá afectar o poner en peligro la existencia, la integridad física y la integridad cultural de los pueblos afectados. Tampoco pueden introducirse cambios que impliquen cambios significativos en la estabilidad de los ecosistemas, riesgos graves o una afectación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
El acuerdo entre el Congreso y los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. Los puntos sobre los que hay acuerdo no serán debatidos nuevamente por el Pleno, sino que se entienden como aprobados.
En caso no se alcance un acuerdo sobre todo o parte de una medida legislativa, corresponde al Pleno adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.
En caso de acuerdo o discrepancia, corresponde al presidente de la comisión que guió la consulta y a representantes de los pueblos indígenas sustentar ante el Pleno del Congreso los resultados del procedimiento de consulta. Los integrantes de la Comisión Especial Indígena tienen voz en el debate.

Artículo 32. Invalidez del proceso
Los procesos de consulta de actos normativos incurren en causal de invalidez cuando:
a. El proceso carezca de las condiciones y garantías mínimas para la realización del diálogo entre las partes involucradas;
b. Se acredite la existencia de presiones o manipulaciones que coaccionen a los pueblos indígenas para dar su consentimiento a la medida consultada o fomenten el divisionismo entre los pueblos indígenas.

Dichas acciones incluyen la intimidación, el soborno, el ofrecimiento de dádivas y cualquier otro acto que tenga por finalidad impedir el pleno y libre ejercicio del derecho de consulta de los pueblos indígenas;
c. Se constate la participación en el proceso de consulta de organizaciones seudo representativas, con seudo dirigentes que actúen de mala fe y que obedezcan a intereses ajenos a los de los pueblos indígenas; o,
d. Se presenten vulneraciones flagrantes a etapas o elementos esenciales del derecho a la consulta.

Artículo 33. Medidas inconsultas
Son nulas las medidas legislativas aprobadas sin llevar a cabo el procedimiento de consulta o aquellas que se han aprobado mediante procesos de consulta inválidos.
Estas normas pueden cuestionarse ante la jurisdicción constitucional.

Disposiciones complementarias
Primera. Naturaleza de reglas especiales
Las reglas sobre participación ciudadana indígena y derecho a la consulta prelegislativa se incorporan como modificaciones al Reglamento del Congreso. El procedimiento legislativo regulado por el Reglamento del Congreso se mantiene vigente, con las variantes indicadas por esta norma.

Segunda. Recursos
En el presupuesto del Congreso de la República se preverá una partida especial para la realización de las consultas prelegislativas, la Comisión Especial Indígena y otras instituciones reguladas en esta norma.

Disposición transitoria
Única. Aplicación inmediata
Esta Resolución Legislativa es de aplicación inmediata. Se aplica inclusive a procedimientos legislativos en trámite, dentro de la etapa en que se encuentren.
No se aplica a medidas legislativas aprobadas con anterioridad a su vigencia, salvo que haya consenso entre el Congreso y los pueblos indígenas afectados. En ese caso, se aplicará a normas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, que afecten derechos de pueblos indígenas y que no fueron consultadas.

Capítulo 5
Sobre las concesiones mineras y la adjudicación de lotes petroleros

Marco jurídico de la concesión minera

1. Los recursos naturales pertenecen a todos los peruanos

Constitución Política
Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

2. Los minerales son un recurso natural y los derechos para su aprovechamiento tiene una modalidad especial

Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley N° 26821)

Definición de recursos naturales
Artículo 3o.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:
a. las aguas: superficiales y subterráneas;
b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
d. los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
f. los minerales;
g. los demás considerados como tales.
El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

3. Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley N° 26821)
Artículo 19o.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

4. El Estado otorga derechos sobre los recursos minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional mediante concesión minera

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM

Artículo I. La presente Ley comprende todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo. Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Ley, el petróleo e hidrocarburos análogos, los depósitos de guano, los recursos geotérmicos y las aguas minero-medicinales.

Artículo II. Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

5. La concesión minera otorga el derecho a explorar y explotar el yacimiento mineral el cual es un bien distinto y separado del terreno

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM

Artículo 9o.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias. Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. (Artículo 20o, inciso a), Decreto Legislativo No 708 y artículo 16o, Decreto Legislativo No 109).

Artículo 39o.- A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del Derecho de Vigencia.

DERECHO DE VIGENCIA

El Derecho de Vigencia es de US$ 3,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. Para los pequeños productores mineros, el Derecho de Vigencia es de US$ 1.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. Para los productores mineros artesanales el Derecho de Vigencia es de US$ 0.50 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada.

El Derecho de Vigencia correspondiente al año en que se formule el petitorio de la concesión minera, deberá abonarse y acreditarse con motivo de la formulación del petitorio. El Derecho de Vigencia correspondiente al segundo año, computado a partir del 1 de enero del año siguiente a aquél en que se hubiere formulado el petitorio de la concesión minera, deberá abonarse hasta el 30 de junio del segundo año. Igual regla se aplicará para los años siguientes. De conformidad con el Artículo 9º de la presente Ley, la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada, por lo que el pago del derecho de vigencia a que está obligado el titular del derecho minero es independiente del pago de los tributos a que está obligado el titular del predio.

Artículo 127o.- Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta Ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan. (Artículo 232o, Decreto Legislativo No 109)

Código Civil

Extensión del derecho de propiedad

Artículo 954.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

6. Al otorgarse una concesión minera no se concesiona ningún territorio

Constitución Política
Artículo 70°. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Artículo 88°. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

7. La tierra como las concesiones son bienes muebles y coexisten

Código Civil
Artículo 885.- Son inmuebles:
1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.

Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley N° 26821)
Títulos sobre recursos naturales distintos en un mismo entorno
Artículo 26o.- El derecho de aprovechamiento sostenible sobre un recurso natural no confiere derecho alguno sobre recursos naturales distintos al concedido que se encuentren en el entorno.

8. Las concesiones mineras y el territorio pueden tener titulares distintos y son inscribibles en registros públicos

TUO Ley General de Minería aprobado por DS 014-92-EM
Artículo 107o.- Los títulos de las concesiones serán inscribibles por el solo mérito de la resolución que las otorgue.

El Registro Público de Minería, procederá a extender el asiento correspondiente a la inscripción del título de las concesiones mineras, de labor general y de transporte minero, el que contendrá la transcripción de la resolución que las otorgue. Asimismo, archivará la documentación pertinente a los pedimentos mineros. Para los casos de concesiones de beneficio, la inscripción del título contendrá la resolución directoral que las hubiere otorgado archivándose copia certificada de la memoria descriptiva, el esquema de tratamiento, el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos. (Artículo 193o, Decreto Legislativo No 109).

9. Las concesiones son irrevocables en tanto el titular cumpla con las obligaciones

Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales (Ley N° 26821)

La concesión

Artículo 23o.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.

TUO Ley General de Minería aprobado por DS 014-92-EM

Artículo 10o.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia. (Artículo 17o, Decreto Legislativo No 109).

10. El título de concesión no autoriza por si mismo a realizar actividades mineras de exploración ni explotación, si no que se requiere de otro tipo de medidas o requisitos:

a. Autorización del Ministerio de Cultura a través del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA)

Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, aprobado mediante Resolución Suprema N° 004-2000-ED

Artículo 8.- Los Proyectos de Evaluación Arqueológica están referidos a trabajos en el marco del desarrollo de proyectos productivos, extractivos y/o de servicios, tanto del sector privado como estatal, con fines de proteger el Patrimonio Arqueológico - Histórico Nacional, tanto mueble como inmueble. Sus fines son la evaluación y la investigación. Para el desarrollo integral de este tipo de proyectos en cada área específica, deberá seguirse el siguiente plan según sea el caso:

1 Proyecto de Evaluación Arqueológica de reconocimiento, sin excavaciones.
2 Proyecto de Evaluación Arqueológica con excavaciones. Al interior de estos proyectos se considera la delimitación y señalización de los sitios.
3 Proyectos de Rescate Arqueológico. Referido a trabajos de excavación parcial o total de sitios arqueológicos por afectación de obras ineludibles por razones técnicas de la misma o por su carácter de interés nacional formalizado en un convenio gubernamental. Estos Proyectos de Rescate Arqueológico deberán estar programados y son consecuencia de los Proyectos de Evaluación Arqueológica o de los monitoreos arqueológicos de supervisión de las obras. Estos serán recomendados por la Comisión Nacional Técnica de Arqueología.

b. Los certificados ambientales otorgados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINE para mediana gran minería, o por el Gobierno Regional para la minería artesanal o pequeña minería, con sujeción a las normas de participación ciudadana

Los estudios ambientales tienen por finalidad prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar los potenciales impactos ambientales negativos que pudieren derivarse de actividades extractivas, así como potenciar sus impactos positivos comprendiendo medidas que aseguren el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental, los Límites Máximos Permisibles y la Legislación ambiental vigente. (Artículo 14 del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema de Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo).

Los estudios ambientales contemplados por la legislación minera son la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIAsd) para el desarrollo de actividades de exploración minera, como lo dispone el Reglamento Ambiental para las actividades de exploración minera aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, así como el Estudio de Impacto Ambiental para el desarrollo de las actividades de explotación minera, como lo dispone el Reglamento del Titulo Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-93-EM.

De acuerdo al inciso g del artículo 107 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2007-EM, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas es la autoridad competente para evaluar y aprobar los estudios ambientales.

La aprobación de los estudios ambientales se encuentra contemplado como procedimiento administrativos a cargo de los Gobiernos Regionales en los ítems 19 y 21 del anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM/DM, que aprobó la relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o del órgano competente para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas.

Las certificaciones ambientales sustentadas en la evaluación de los estudios ambientales, constituyen el pronunciamiento de la autoridad competente sobre la viabilidad ambiental de proyectos de exploración o explotación. (Artículo 16 del Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema de Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo).

c. El acuerdo con el propietario del predio para la utilización de su terreno o la culminación del procedimiento de servidumbre

El artículo 7 de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, sustituido por la Ley N° 26570, establece que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre.

Ley 26505
Artículo 7º.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.
En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.
Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos.
[Texto modificado por la Ley Nº 26570, publicada el 4 de enero de 1996]

Queda claro que sin el acuerdo con el propietario del terreno o sin el establecimiento de la servidumbre, el concesionario minero no podrá utilizar el terreno donde se ubica la concesión. En cuanto a la formalidad del acuerdo, el artículo 2 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, sustituido por la Ley N° 26570, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por Decreto Supremo N° 015-2003-AG, señala que deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz.

De acuerdo al inciso n) del artículo 98 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N 031-2007-EM, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas es la entidad competente para emitir opinión en las solicitudes de servidumbre minera.

El establecimiento de servidumbre sobre tierras para la actividad minera, se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, los artículos 43 y 44 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, y el Reglamento del artículo de la Ley N 26505, sustituido por la Ley N 26570, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por Decreto Supremo N° 015-2003-AG.

De acuerdo a los artículos 3 y 4 del Reglamento del artículo 7 de la Ley N° 26505, sustituido por la Ley N° 26570, previo al inicio del procedimiento administrativo de servidumbre legal deben agotarse tres etapas, las cuales pueden precluir en tanto en alguna de ellas se llegue a un acuerdo, estas son: 1) Etapa de trato directo entre las partes; 2) Etapa de conciliación en un Centro de Conciliación elegido por las partes; 3) Etapa de conciliación en un Centro de Conciliación elegido por la Dirección General de Minería.

De no producirse el acuerdo, el concesionario minero podrá solicitar a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, el establecimiento de una servidumbre, en cuyo procedimiento: 1) se lleva a cabo un comparendo en el que las partes pueden llegar a un acuerdo, con el cual concluye el procedimiento; 2) Se ordena la realización de una pericia minera, que se pronuncia sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre para fines de la actividad minera propuesta, y de una pericia agronómica, que efectúa la tasación del área solicitada y analiza si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad; y 3) En caso de que la servidumbre sea posible sin enervar el derecho de propiedad , se expedirá la Resolución Suprema, refrendada por los Ministerios de Energía y Minas y de Agricultura, que impondrá la servidumbre y fijara la indemnización correspondiente; en caso de que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministerio de Energía y Minas.

Esta regla es diferente respecto a la servidumbre en el caso de las actividades mineras no metálicas en tierras de uso agrícola, toda vez que el artículo 6 del Reglamento del artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG precisa que «De conformidad con la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653 y Artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, no procede el establecimiento de servidumbre sobre tierras de uso agrícola o ganadero para el desarrollo de actividad mineras no metálicas».

d. La autorización para el inicio de actividades minero metalúrgicas de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, para mediana minería, o del Gobierno Regional para la minería artesanal y pequeña minería

De acuerdo al inciso i) del artículo 98 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N 031-2007-EM, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas es la autoridad competente para autorizar el inicio de actividades mineras metalúrgicas.

Mediante Decreto Supremo N° 068-2006-PCM y Decreto Supremo N° 036-2007-PCM se incluye en la función de fomentar y supervisar las actividades de la pequeña minería y la minería artesanal y la exploración y explotación de los recursos mineros de la región con arreglo a Ley, las facultades de autorizar el inicio de las actividades de exploración y explotación de las concesiones metálicas y no metálicas para la pequeña minería y minera artesanal, así como de aplicar sanciones referidas a incumplimiento de normas ambientales de salud, y de seguridad ocupacional.

11. Sobre el procedimiento de titulación minera

El procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras se inicia con la solicitud de concesión minera en cuadriculas de 100 a 1000 hectáreas de extensión, ante la autoridad competente. Dentro del procedimiento está prevista la obligación del peticionario de realizar dos publicaciones, una en el diario oficial El Peruano y otra en el diario encargado de efectuar las publicaciones judiciales del departamento donde se ubica el petitorio (salvo en Lima, donde solo se publica en El Peruano), con el propósito de dar a conocer la formulación del petitorio minero y permitir que cualquier persona que se sienta afectada en su derecho pueda oponerse al petitorio. (Artículo 20 del Reglamento del Procedimientos Mineros, aprobada por Decreto Supremo N° 018-92-EM)

Una vez presentadas las publicaciones y emitidas los informes técnico y legal correspondientes, se otorga el título de concesión minera (Artículo 123 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM). La autoridad administrativa minera publica mensualmente la relación de titulo que hubiere otorgado (artículo 124 del TUO de la Ley Genera de Minería aprobado por D.S. 014-92-EM), computándose desde el día siguiente el plazo que establece la ley para que pueda impugnarse el título de concesión minera. Esa es la forma que la normatividad ha previsto para dotar de publicidad tanto al acto de la formulación del petitorio minero como al de otorgamiento de la concesión minera.

De no ser impugnado el título de concesión minera dentro de los 15 días siguientes a su publicación (artículo 126 del TUO de la Ley Genera de Minería aprobado por D.S. 014-92-EM), este queda firme. De interponerse recurso de revisión, concluye el procedimiento minro0 con la resolución del Consejo de Minería que se pronuncia en última instancia minera sobre el titulo otorgado. (Artículo 94 del TUO de la Ley Genera de Minería aprobado por D.S. 014-92-EM)

El artículo 126 del TUO de la Ley Genera de Minería aprobado por D.S. 014-92-EM, señala que consentida o ejecutoriada que sea la resolución de otorgamiento del título de la concesión se procederá, a solicitud del interesado, a su inscripción.

12. Que actos administrativos en materia de minería que se debe consultar

- La expedición por INGEMMET de la concesión minera

- La Resolución Directoral mediante la cual se aprueba la evaluación ambiental del proyecto de exploración minera del proyecto minero

- La Resolución Directoral mediante cual se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de exploración minera

Marco jurídico sobre la adjudicación de lotes petroleros

Según el DAR[13] la actividad de explotación de hidrocarburos se compone de 6 pasos, que a

1. **CONSULTA** Libre, previa e informada
2. **CALIFICACIÓN** De las empresas de hidrocarburos
3. **NEGOCIACIÓN** De lotes de hidrocarburos
4. **EXPLORACIÓN** De hidrocarburos
5. **EXPLOTACIÓN** De hidrocarburos
6. **PASIVOS** La empresa resuelve los pasivos generados

1. Etapa de proceso de consulta. En coherencia con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT la consulta se hace antes de la primera decisión adminstrativa. No obstante, de acuerdo con el artículo 3 inciso i y 6 del Reglamento de la ley de consulta se consultará la suscripción del contrato petrolero

2.- Etapa de la Calificación de una Empresa. El Estado Peruano a través de PERUPETRO S.A. evaluará si la Empresa **puede o no** participar en el proceso de negociación para desarrollar la actividad de hidrocarburos en nuestro país. Es decir, antes que la Empresa inicie la negociación de los lotes para explorar o explotar petróleo o gas, deberá presentar determinada información a PERUPETRO S.A. El Estado Peruano no exige que la Empresa interesada en realizar la Actividad de Hidrocarburos cuente con experiencia previa en el desarrollo de la actividad. La calificación es la determinación de la capacidad de la Empresa para cumplir con las obligaciones del contrato de exploración y/ o explotación. La determinación se hace previa evaluación de la Empresa. Se evalúa si la Empresa tiene la capacidad legal, técnica, económica y financiera que asegure que cumplirá las obligaciones, a partir de las características del área solicitada, de las inversiones previsiblemente requeridas y el estricto cumplimiento de las normas de protección ambiental[14].

3.- Etapa del Proceso de Negociación[15]. Es un proceso por el cual tanto la Empresa de hidrocarburos como PERUPETRO S.A. presentan sus ofertas para adquirir (la Empresa) y conceder (el Estado a través de PERUPETRO S.A.) un lote de hidrocarburos para su exploración y explotación. El Estado evalúa de las empresas de hidrocarburos el tamaño del Lote de hidrocarburos, el programa mínimo de trabajo de las actividades de exploración de hidrocarburos, dividido en fases que duran 7 años y puede ampliarse 3 años más, es decir, 10 años, las condiciones legales y técnicas de la empresa para las actividades de exploración de hidrocarburos, y el pago de la fianza que deberá realizar la Empresa.

4.- Etapa de exploración[16]. Después que el Estado Peruano ha suscrito un Contrato de Licencia de exploración y explotación de hidrocarburos, la empresa petrolera inicia su trabajo en el área del lote que se le ha otorgado. La primera etapa es conocida como de «exploración» o «prospección» de hidrocarburos. Se divide en periodos, de acuerdo al Programa mínimo de trabajo señalado en el contrato. La empresa deberá realizar un pago de fianza por cada periodo de acuerdo al programa que se actualiza cada año. En

[13] En esta parte seguimos literalmente lo desarrollado por el interesante texto: Manual Informativo: Derechos de los Pueblos Indígenas y la Actividad de Hidrocarburos, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima, 2009, pág. 56 y sgts.
[14] Ibídem, pág. 56
[15] Ibídem, pág. 59
[16] Ibídem, pág. 65.

la etapa de exploración se realiza un estudio de campo (perforación, antisísmica) para determinar con precisión el yacimiento de hidrocarburos en el área. Esta actividad consiste en la búsqueda de gas o petróleo en el subsuelo (identificación del yacimiento hidrocarburífero). Se realiza a través de diversas actividades o «Estudios» como son los siguientes:

I. Estudio de Mapas, que muestrean las rocas del suelo y subsuelo para saber si es posible que haya Hidrocarburos.
II. Estudio de Imágenes, a través de fotografías aéreas e imágenes satelitales, para conocer las características de una zona determinada (vegetación, corrientes de agua, tipos de roca, caminos, poblaciones, etc.)
III. Estudios Geológicos, a través de toma de muestras de las piedras del suelo y la apertura de zanjas o perforaciones poco profundas.
IV. Estudios Geofísicos y Geoquímicas de Superficie, a través de la Gravimetría (mide la gravedad en el subsuelo) y Magnetometría (mide los campos magnéticos en el subsuelo)
V. Estudios Geoquímicos Profundos, Sísmica (2D y 3D), estudio del sonido producido por la descarga de explosivos. El estudio del sonido puede determinar la dimensión del yacimiento de gas y petróleo. La Sísmica puede incluir la perforación de pozos sísmicos y Perforación de Pozos. Consiste en la excavación a través de máquinas especiales (taladros, brocascortantes, tuberías y lubricantes). Se realizan para la obtención de muestras del terreno de diferentes profundidades y se estudia las características de los terrenos. Se efectúan para confirmar los resultados de estudios anteriores, es decir, si existe gas o petróleo en el subsuelo.

No todas las actividades de Exploración de Hidrocarburos requieren la aprobación del EIA antes de su inicio. Existen actividades como el Estudio de Mapas, Estudio de Imágenes, Estudios Geológicos, Gravimetría y Magnetometría que no requieren EIA, estas actividades se podrán realizar luego de 60 días de firmado el Contrato de Exploración y Explotación. Sin embargo, existen actividades que debido a la mayor generación de impactos en el ambiente y las poblaciones será necesario que la Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) apruebe el EIA antes de iniciarse. Entre ellas: Sísmica (2D y 3D) y la perforación de pozos

Posibles impactos ocasionados durante la Etapa de Exploración[17]

Los impactos se pueden generar tanto al ambiente donde se desarrollará la actividad como a las comunidades cercanas y aledañas.

Impactos ambientales	Agua	Aire	Suelo	Vegetación	Animales
	1. Vertimiento dedesechos y delodos de lasperforaciones	1. Ruido por lamaquinaria.	1. Vertimiento dedesechos y delodos de lasperforaciones	1. Fragmentación delecosistema para eltrazado de las líneassísmicas	1. Ruptura delecosistema por eltrazado de líneassísmicas
	2. Vertimiento deresiduos sólidos domésticos (envases, latas,etc.)	2. Emisiones delos motores ygeneradores deenergía.	2. Incursión depersonal, campamentos y operación deequipos	2. Desbroce devegetación (árboles,plantas en general)para la instalaciónde campamentos, helipuertos e instalacionesde la empresa	2. Cambios deconducta de avesy mamíferos por el ruido producido
	3. Vertimiento de desechos peligrosos (repuestos,aceite, baterías)y derrames accidentales.		3. Erosión de suelospara hacercaminos	3. Presencia de brigadas detrabajadores	3. Riesgo de caza ypesca de especies vulnerables.
			4. Vertimiento deresiduos sólidos domésticos (envases, latas,etc.)		
			5. Vertimiento de desechos peligrosos aceite, (repuestos,baterías), derrames accidentales.		
Impactos Sociales	1. Posibles conflictos entre las poblaciones locales y personal de la empresa. 2. Posibles riesgos a la salud causados por los impactos al ambiente. 3. Las comunidades nativas que se encuentran aisladas pueden entrar en contacto con trabajadores petroleros, con colonizadores y otros que vendrán a consecuencia de los proyectos petroleros y de los nuevos accesos				

Elaboración y fuente: Derecho Ambiente y Recursos Naturales

[17] Ibídem, pág. 72.

5.- Etapa de explotación[18]**.** Esta etapa consiste en la extracción del gas o petróleo que se ha encontrado en el subsuelo durante la exploración. La empresa deberá comunicar que ha encontrado petróleo o gas antes de sacarlo del subsuelo y realizar acciones de participación durante todo el proceso de explotación. La Etapa de Explotación durará de acuerdo al recurso a extraer; si se trata de gas, máximo de 60 años, y si se trata de petróleo, un máximo de 50 años.

Las actividades propias de la Etapa de Explotación de Hidrocarburos son:
Actividades de desarrollo
1. Perforación
2. Profundización
3. Reacondicionamiento
4. Completación de Pozos
5. Diseño, Construcción e Instalación de Equipos, Tuberías y Tanques de Almacenamiento
6. Construcción Sistema de Transporte y Almacenamiento
7. Punto de Fiscalización del Ducto Principal y Procesamiento del Gas Natural

Actividades de producción
1. Operación de Pozos, Equipos, Tuberías
2. Tratamiento y Medición de Hidrocarburos
3. Operaciones de Recuperación Primaria y Mejorada hasta el Punto de Fiscalización
4. Operación de Equipos, Tuberías, Sistema de Transporte y Almacenamiento y Ducto Principal
5. Flujo y Manipulación de Hidrocarburos

6.- Etapa de fin de operaciones[19]**.** Esta etapa consiste en la implementación total del programa de Plan de Abandono de la fase de exploración y/o explotación. La empresa debe comunicar a la DGAAE que desea terminar sus actividades y en los siguientes 45 días deberá presentar el Plan de abandono que deberá tomar en cuenta lo descrito en el EIA al inicio de sus actividades. Las actividades propias de la Etapa de Fin de Operaciones son:

1. Presentación del Plan de Abandono a la DGAAE (MINEM) que contendrá acciones de:
a. Descontaminación
b. Restauración
c. Reforestación
d. Retiro de instalaciones
e. Otras necesarias para el abandono del área.

2. La verificación del cumplimiento del Plan de Abandono estará a cargo del OSINERGMIN.
3. Se debe presentar una Carta Fianza a la DGAAE (MINEM), como garantía de cumplimiento de las actividades del Plan de Abandono. La garantía será por un monto equivalente al 30% de las acciones del Plan de Abandono.
4. La garantía no será devuelta hasta que el OSINERGMIN informe a la DGAAE (MINEM) la ejecución total del Plan de Abandono.

[18] Ibídem, pág. 73.
[19] Ibídem, pág. 82.

El Plan de Abandono es el documento que contiene las acciones que realizará la empresa antes de retirarse de un área o de una instalación para evitar impactos ambientales negativos y dejar los territorios en su estado natural o en condiciones apropiadas para un nuevo uso.
Se consideran pasivos ambientales los pozos e instalaciones abandonadas, suelos contaminados, efluentes, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones de hidrocarburos por parte de Empresas que han cesado sus actividades en el área donde se produjeron dichos impactos. Las normas que obligan a las Empresas a implementar el Plan de Abandono han sido emitidas a partir del 1993, por ello las Empresas que terminaron sus actividades antes de esta fecha y que no siguieron un Plan de Abandono se considerarán como Empresas que dejaron Pasivos Ambientales

Capitulo 6
Las normas de participación ciudadana en materia minera y de hidrocarburos que no reemplazan la consulta previa

APRUEBAN EL REGLAMENTO DE PARTICIPACION CIUDADANA EN EL SUBSECTOR MINERO
DECRETO SUPREMO Nº 028-2008-EM

CONSIDERANDO:
Que, mediante Ley Nº 28611, se aprobó la Ley General del Ambiente, la cual señala en el Artículo III de su Título Preliminar el derecho de toda persona a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno;

Que, los Artículos 46 y 47 de la Ley General del Ambiente, precisa que toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control, debiendo ejercerse este derecho en forma responsable, actuando con buena fe, transparencia y veracidad conforme a las reglas y procedimientos de los mecanismos formales de participación establecidos en la normatividad;

Que, el Artículo 48 inciso 1 de la Ley General del Ambiente, ha establecido que las autoridades públicas establecen mecanismos formales para facilitar la efectiva participación ciudadana en la gestión ambiental y promueven su desarrollo y uso por las personas naturales o jurídicas relacionadas, interesadas o involucradas con un proceso particular de toma de decisiones en materia ambiental o en su ejecución, seguimiento y control; que asimismo promueven, de acuerdo a sus posibilidades, la generación de capacidades en las organizaciones dedicadas a la defensa y protección del ambiente y los recursos naturales, así como alientan su participación en la gestión ambiental;

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM publicada el 21 de diciembre de 2002, se aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, señalando como objeto el normar 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 estudios ambientales del sector;

Que, no obstante los avances introducidos en la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM respecto a la participación ciudadana en el Sector Energía y Minas, en la actualidad resulta necesario contar con un Reglamento aplicable en forma específica al subsector minero, incorporando nuevos mecanismos de participación ciudadana que garanticen el ejercicio de este derecho y contribuyan a la prevención de conflictos socioambientales; Que, el proyecto de nuevo Reglamento tiene por objeto normar la participación responsable de toda persona, natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de

definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al desarrollo sostenible de las actividades mineras en el territorio nacional. En este sentido, se entiende a la participación ciudadana como un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes respecto de las actividades mineras; y promover el diálogo, la prevención de conflictos y la construcción de consensos; de tal forma que los intereses de las poblaciones involucradas en el ámbito de un proyecto minero sean considerados en el diseño y de ser el caso, la ejecución de éste, así como para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo;

Que, respecto del derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el proyecto de nuevo Reglamento señala que éste se ejerce y se implementa en el subsector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida;

Que, asimismo, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 134 de la Ley General del Ambiente, la nueva reglamentación propuesta reconoce el principio de vigilancia ciudadana, conforme al cual las poblaciones involucradas tienen el derecho de efectuar el monitoreo, control y seguimiento de las medidas, acciones, obligaciones y compromisos adoptados por el titular minero respecto a los aspectos ambientales y sociales relacionados con su actividad. El ejercicio de la vigilancia ciudadana deberá realizarse conforme a las disposiciones del presente Reglamento;

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Nº 28611, Ley General del Ambiente; el Decreto Supremo Nº 014-92-EM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; y, en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 8 del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1.- Apruébese el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, el mismo que consta de tres (3) Títulos, cinco (5) Capítulos, diecisiete (17) Artículos y tres (3) Disposiciones Transitorias y Finales.

Artículo 2.- El Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario de publicado el presente Decreto Supremo, fecha a partir de la cual quedará derogada la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, sin perjuicio de lo señalado en la Segunda Disposición Transitoria delReglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero que se aprueba en el artículo anterior.

Artículo 3.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de mayo del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
JUAN VALDIVIA ROMERO
Ministro de Energía y Minas

REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SUB SECTOR MINERO

ÍNDICE

TÍTULO I : CONSIDERACIONES GENERALES
TÍTULO II : DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES MINERAS.
Capítulo 1 : Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera.
Capítulo 2 : Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera.
Capítulo 3 : Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio.
Capítulo 4 : Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero.
Capítulo 5 : Participación ciudadana en la etapa del cierre de minas.

TÍTULO III : DE LA TUTELA DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA
DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALESREGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SUB SECTOR MINERO

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación

El presente reglamento tiene por objeto normar la participación responsable de toda persona, natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales en el territorio nacional.

El presente reglamento no regula los procedimientos de participación ciudadana que resulten necesarios para la asignación de usos del territorio, el cual se rige por el marco normativo correspondiente al ordenamiento territorial a través de la zonificación ecológica económica.

Artículo 2.- Definiciones

2.1. Área de Influencia
Espacio geográfico sobre el que las actividades mineras ejercen algún tipo de impacto ambiental y social. El área de influencia para efectos del desarrollo de actividades mineras está constituida por aquella que se determine sustentadamente en el estudio ambiental respectivo.

2.2. Autoridad Competente
El Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), es la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados a las actividades mineras de la mediana y gran minería. El Gobierno Regional, a través de su instancia correspondiente, es la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo los procesos de participación ciudadana del ámbito de su competencia; y los otros que pudieran estar a su cargo, de conformidad con las funciones asignadas o transferidas en el proceso de descentralización.

Asimismo, intervienen en los procesos de participación ciudadana a cargo del gobierno nacional, conforme a las disposiciones del presente Reglamento. La autoridad competente promueve la participación de otras autoridades regionales, locales o comunales correspondientes, en los procesos de participación ciudadana del sector minero, considerando los plazos y términos que se disponen para cada procedimiento administrativo y los contemplados en el presente Reglamento y la ejecución de los mecanismos y acciones de participación bajo su competencia.

2.3. Poblaciones involucradas:
Aquellas que se encuentran dentro del área de influencia de la actividad minera.

Artículo 3.- De la participación ciudadana
La participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo. Corresponde al Estado garantizar el derecho a la participación ciudadana en el sub sector minero a través de la correcta aplicación del presente Reglamento.

Artículo 4.- De la consulta
El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente Nº 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia. La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.

Artículo 5.- De los derechos y principios en los procesos de participación ciudadana.-
La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana referido a la actividad minera, deberán observar en todas sus actuaciones las siguientes disposiciones generales:

5.1. Del derecho a la participación:
Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos referidos a la actividad minera que pudieran tener alguna incidencia sobre sus intereses, sin perjuicio de las competencias que les corresponden a las autoridades en cada uno de los niveles de gobierno. El derecho de participación en asuntos referidos a la actividad minera, se ejercita actuando con

buena fe, transparencia y veracidad conforme a las reglas y procedimientos de los mecanismos de participación establecidos y a las disposiciones del presente Reglamento.
Constituyen trasgresión a las disposiciones legales sobre participación ciudadana toda acción o medida que tomen las autoridades, los titulares mineros o las poblaciones involucradas, que impida u obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana.

5.2. Del derecho al acceso a la Información:
La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas, tienen derecho a solicitar, acceder o recibir información pública, de manera adecuada y oportuna, respecto de obras y actividades mineras que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.

5.3. Del principio de respeto a la diversidad cultural:
La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana deben actuar con respeto a las características y particularidades de las diversas culturas, de tal forma que se promueva y facilite la inclusión de la mayor diversidad de intereses de las poblaciones, enriqueciendo dicho proceso y la toma de decisiones que le compete a la autoridad.

5.4. Del principio de no discriminación:
La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana promueven la participación efectiva de toda persona en dicho proceso, sin distinguir raza, etnia, género, religión, cultura, idioma, opinión política, origen nacional o social, posición económica, orientación sexual, nacimiento o cualquier otra condición.

5.5. Del principio de vigilancia ciudadana:
Las poblaciones involucradas tienen el derecho de efectuar el monitoreo, control y seguimiento de las medidas, acciones, obligaciones y compromisos adoptados por el titular minero respecto a los aspectos ambientales y sociales relacionados con su actividad. El ejercicio de la vigilancia ciudadana deberá realizarse conforme a las disposiciones del presente Reglamento.

5.6. Del principio del diálogo continuo:
La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana, deberán mantener el diálogo continuo a fin de promover y mantener un adecuado relacionamiento social.

Artículo 6.- Mecanismos de participación ciudadana
La autoridad competente determinará los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulten apropiados, de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud, de la población involucrada, la situación del entorno y otros aspectos relevantes.

Los mecanismos de participación ciudadana que podrán emplearse son: facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los EstudiosAmbientales; publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales; realización de encuestas, entrevistas o grupos focales; distribución de materiales informativos; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación

de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; monitoreo y vigilancia ambiental participativo; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana.

Artículo 7.- Criterios para seleccionar los mecanismos de participación ciudadana
La autoridad competente determinará y seleccionará los mecanismos de participación ciudadana que resulten más idóneos para garantizar el derecho a la participación ciudadana de la población involucrada, tomando en cuenta las características de dicha población y las particularidades del proyecto minero. Para ello, el titular minero deberá proponer los mecanismos de participación ciudadana a adoptar, sustentando dicha propuesta en atención de los siguientes criterios:

7.1. La identificación y delimitación del área de influencia del proyecto en función de sus impactos.

7.2. La identificación de los centros poblados, comunidades, autoridades locales, o grupos con interés a quienes posiblemente alcancen los impactos del proyecto, que habitan o desarrollan algún tipo de actividad en dicha área.

CONCORDANCIAS: R.M. Nº 304-2008-MEM-DM, Art. 15.3 (Del Plan de Participación Ciudadana)

Artículo 8.- Protocolo de Relacionamiento
La realización de actividad minera obliga a su titular a contar con un Protocolo de Relacionamiento que contenga los lineamientos, principios y políticas de comportamiento que adoptará durante el ejercicio de dicha actividad, en su relación con los diferentes actores sociales que se encuentran ubicados en el área de influencia de la misma.

El titular minero promoverá que dicho protocolo sea elaborado en forma conjunta con la población involucrada desde una etapa temprana del relacionamiento y podrá ser modificado o actualizado según resulte necesario, de acuerdo a las circunstancias. El Protocolo de Relacionamiento deberá considerar las costumbres, cultura y particularidades de la población involucrada, así como los principios asumidos por el titular minero conforme al Decreto Supremo Nº 042-2003-EM.

CONCORDANCIAS: R.M. Nº 304-2008-MEM-DM, Art. 15.3 (Del Plan de Participación Ciudadana)

Artículo 9.- Financiamiento de la participación ciudadana en los proyectos mineros.
El titular minero, en coordinación con la autoridad competente, y de acuerdo a las características y dimensión del proyecto minero, podrá proponer la constitución de un fondo privado voluntario para que la población ubicada en el área de influencia directa del proyecto pueda financiar las actividades de revisión y formulación de observaciones a los estudios ambientales durante los procedimientos de evaluación respectivos. El fondo podrá ser complementado con aportes de terceros. Para el financiamiento de las actividades de vigilancia y monitoreo ambiental participativo, el titular minero podrá proponer la constitución de un fondo, o en su defecto, la autoridad podrá disponer su constitución, en atención a los potenciales riesgos ambientales que pueda implicar la actividad o de las condiciones y particularidades socioambientales de la operación.

Artículo 10.- Intérpretes
De acuerdo a las características particulares de la población involucrada, la autoridad competente podrá disponer o el titular minero propondrá la participación de intérpretes durante el desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana, a fin de facilitar el entendimiento y diálogo en el proceso de participación. Asimismo, en atención a las características particulares de la población involucrada, la autoridad competente podrá disponer que los mecanismos de participación ciudadana se desarrollen en la lengua mayoritariamente usada y comprendida por la población del área de influencia del proyecto minero.

Artículo 11.- Participación de la autoridad regional en procedimientos a cargo de la DGAAM
La intervención de la autoridad regional en los talleres participativos que se realicen como parte de los procedimientos de participación ciudadana que corresponde a la gran y mediana minería, se entiende como un servicio, conforme a lo cual, el titular minero deberá cubrir los costos administrativos que demande dicha intervención. La autoridad regional competente deberá establecer dicho costo en su TUPA de manera justificada y bajo los criterios regulados por la legislación sobre la materia.

TÍTULO II
DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES MINERAS

Capítulo 1
Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera.

Artículo 12.- De la obligación de informar del Estado y del titular minero.
El Ministerio de Energía y Minas, deberá promover o ejecutar actividades a través de las cuales se informe, a las poblaciones de las áreas con concesiones mineras de titulares de la mediana o gran minería, acerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera. Es también obligación del titular de una concesión minera, el informar sobre los aspectos señalados en el párrafo anterior. En tal sentido, los titulares pueden cumplir esta obligación en forma individual o conjunta con otros titulares mineros y en coordinación con las autoridades nacionales, regionales o locales del Estado. El Ministerio de Energía y Minas podrá promover alianzas público-privadas o la constitución de fondos que faciliten la realización de las actividades descritas. Los Gobiernos Regionales tienen la misma obligación y prerrogativas respecto de las concesiones mineras de la pequeña minería y minería artesanal.

CONCORDANCIAS: R.M. Nº 304-2008-MEM-DM, Art. 3 (Del cumplimiento de la obligación de informar)

Capítulo 2
Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera

Artículo 13.- De las condiciones mínimas para la participación en proyectos de exploración minera
La ejecución de actividades de exploración minera presupone la realización de mecanismos de participación ciudadana previos a la presentación del estudio ambiental a la autoridad competente o su modificatoria, así como garantizar el acceso al contenido de dicho estudio y la formulación de aportes, comentarios u

observaciones, según corresponda. Conforme a ello, los estudios ambientales estarán a disposición de la población involucrada en lugares apropiados y a través de la página web de la autoridad competente.

Capítulo 3
Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio

Artículo 14.- De las condiciones mínimas para la participación en los proyectos de explotación y/o beneficio.
La ejecución de actividades de explotación y/o beneficio minero presupone la realización de mecanismos de participación ciudadana previos a la elaboración de los estudios ambientales, durante la elaboración de éstos y durante el procedimiento de evaluación a cargo de la autoridad competente. Durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental del proyecto de explotación o beneficio minero, se garantizará el acceso oportuno de la población involucrada a un Resumen Ejecutivo, en lenguaje sencillo del estudio ambiental y al íntegro de su contenido para la formulación de aportes, comentarios u observaciones, según sea el caso. Conforme a ello, los estudios ambientales estarán a disposición de la población involucrada en lugares apropiados y a través de la página web de la autoridad competente.

El titular minero propondrá un Plan de Participación Ciudadana a la autoridad competente, detallando y fundamentando los mecanismos de participación ciudadana que deben desarrollarse durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental. La autoridad competente dará su conformidad sobre la propuesta y contenido del Plan de Participación Ciudadana para esa etapa y del Resumen Ejecutivo, observando o disponiendo las modificaciones que resulten necesarias.

Capítulo 4
Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero

Artículo 15.- De las condiciones mínimas para la participación
El Plan de Participación Ciudadana también contendrá una propuesta de mecanismos de participación ciudadana a desarrollarse durante la ejecución del proyecto minero, la misma que será evaluada por la autoridad conjuntamente con el estudio ambiental y en concordancia con el Plan de Relaciones Comunitarias. Los mecanismos propuestos tienen como objeto que los ciudadanos de manera organizada participen en los procesos de monitoreo de los impactos ambientales de la actividad y la vigilancia en el cumplimiento de los compromisos que se deriven de los estudios ambientales.

La implementación de los mecanismos de participación ciudadana a desarrollarse durante la ejecución del proyecto minero correrá a cargo del titular minero e implicará una coordinación y diálogo con la población involucrada, con la participación de la autoridad competente. Los mecanismos de participación ciudadana a desarrollarse durante la ejecución del proyecto minero, deben contemplar preferentemente la implementación de una Oficina de Información Permanente y/o un Comité de Vigilancia y Monitoreo Ambiental Participativo, de acuerdo con las características particulares de cada proyecto, considerando su magnitud, área de influencia, situación del entorno y otros aspectos relevantes a criterio de la autoridad.

Capítulo 5
Participación ciudadana en la etapa del cierre de minas.

Artículo 16.- Mecanismos aplicables
La reglamentación ambiental especial de las actividades de cierre de minas determinará los mecanismos de participación ciudadana aplicables. Sin perjuicio de ello la autoridad competente podrá requerir la adopción de mecanismos de participación ciudadana adicionales a los establecidos para la aprobación y modificación del Plan de cierre de Minas, conforme se aproxime el cese de operaciones del titular minero y en particular, para el período de los dos años de actividad final de la empresa y el post cierre.

TÍTULO III
DE LA TUTELA DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Artículo 17.- Normas para la tutela del derecho de participación ciudadana.
La autoridad que dirija, presida o conduzca el proceso de participación ciudadana, deberá adoptar las medidas necesarias para el éxito de los mecanismos de participación ciudadana, pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública cuando existan amenazas para la seguridad de las personas o sus bienes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES
Primera.- El Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo máximo de quince (15) días calendario contados desde la publicación del presente Reglamento, expedirá la Resolución Ministerial que desarrolle los mecanismos de participación ciudadana referidos en el presente Decreto Supremo, así como las actividades, plazos y criterios específicos para el desarrollo de los procesos de participación en cada una de las etapas de la actividad minera.

CONCORDANCIAS: R.M. Nº 304-2008-MEM-DM (Aprueban Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero)

Segunda.- Los Estudios de Impacto Ambiental o Estudios de Impacto Ambiental Semidetallado (de exploración o explotación) que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento se encuentren en trámite de aprobación, se regirán por lo dispuesto en la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, pero podrá serles exigibles la implementación de mecanismos de participación ciudadana previstos para la etapa de ejecución del proyecto minero, según sea el caso.

Tercera.- Para los Estudios de Impacto Ambiental o Estudios de Impacto Ambiental Semidetallado de proyectos de explotación y beneficio que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Supremo se encuentren en elaboración o concluidos, no será exigible la realización de mecanismos de participación ciudadana antes del inicio de la elaboración de dichos estudios. Para efectos de esta disposición, la fecha de inicio de la elaboración del estudio ambiental deberá acreditarse documentadamente al momento de presentar la solicitud de aprobación del estudio, ante la autoridad competente.

APRUEBAN REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

DECRETO SUPREMO N° 012-2008-EM
EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, los numerales 5) y 17) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagran el derecho de acceso a la información pública y el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, respectivamente;

Que, mediante Resolución Legislativa N° 26253, el Estado Peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dispone que los Gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos involucrados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad;

Que, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales señala que en caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras;

Que, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, establece que toda persona tiene derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno;

Que, mediante la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM, se aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, teniendo por finalidad normar la participación de los ciudadanos en los procedimientos de evaluación de los Estudios Ambientales requeridos para los proyectos mineros, hidrocarburíferos y eléctricos;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM/DM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de Estudios Ambientales, se aprobó un reglamento aplicable exclusivamente al subsector energía;

Que, ante el avance de la normatividad, los cambios alcanzados en el Subsector Hidrocarburos y acorde a la realidad analizada en los procedimientos administrativos efectuados ante el Ministerio de Energía y Minas, resulta necesario contar con un Reglamento de Participación Ciudadana específico para el Subsector Hidrocarburos, en el cual se fortalezca la participación de la ciudadanía desde la etapa en que se esté negociando la suscripción de un Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 25962, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas; la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, el Decreto Supremo N° 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos y, en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 8 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1°.- Objeto de la Norma
Apruébese el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, que consta de cuatro (4) Títulos, diecinueve (19) Artículos, tres (3) Disposiciones Complementarias y una (1) Disposición Final.

Artículo 2°.- Derogatoria
Deróguese la Resolución Ministerial N° 535-2004-EM-DM en lo correspondiente al subsector hidrocarburos y todas las disposiciones que se opongan al Reglamento aprobado por el presente Decreto Supremo, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria de dicho Reglamento.

Artículo 3°.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República
JUAN VALDIVIA ROMERO

Ministro de Energía y Minas

REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

DECRETO SUPREMO N° 012-2008-EM

REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

TÍTULO PRELIMINAR: CONSIDERACIONES GENERALES

TÍTULO I: DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

TÍTULO II: DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA RELACIONADO A LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y/O EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

TÍTULO III: DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA CON RELACIÓN A LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Capítulo I: Mecanismos de Participación Ciudadana con relación a la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales

Capítulo II: De la aprobación del Plan de Participación Ciudadana durante la Elaboración y Evaluación de los Estudios Ambientales

TÍTULO IV: DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA POSTERIOR A LA APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DISPOSICIONES FINALES

REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

TÍTULO PRELIMINAR
CONSIDERACIONES GENERALES

Artículo I.- Objeto
El presente Reglamento tiene por objeto establecer los lineamientos de Participación Ciudadana conducentes a:
- Uniformizar las disposiciones normativas.
- Fortalecer los derechos de acceso a la información, a la Participación Ciudadana en la gestión ambiental y social, así como los derechos de los Pueblos Indígenas y la Población Involucrada.
- Optimizar la gestión ambiental y social de los Proyectos de Inversión en Hidrocarburos.
- Proveer a la autoridad de información suficiente para tomar decisiones relacionadas con el manejo ambiental y social.
- Promover las relaciones armoniosas entre las poblaciones, el Estado y las empresas.

Artículo II.- Objeto y Naturaleza de la Participación Ciudadana
2.1 La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución.
2.2 Este proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto.

2.3 Este proceso garantiza el interés del Estado de promover una mayor Participación Ciudadana, conociendo las observaciones y opiniones de la población interesada, a efectos de ser evaluadas por la Autoridad Competente.

Artículo III.- De los derechos de los pueblos indígenas
En el desarrollo de las Actividades de Hidrocarburos, el Estado promueve el pleno ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones. La Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas deberá ejercerse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios, en el marco del artículo II del Título Preliminar del presente Reglamento.

Artículo IV.- Definiciones
Para efectos de la adecuada aplicación del presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

a. Actividad de Hidrocarburos: Es la operación relacionada con la Exploración, Explotación, Procesamiento o Refinación, Almacenamiento, Transporte, Comercialización y Distribución de Hidrocarburos.

b. Área de Influencia: Espacio geográfico sobre el que las actividades de hidrocarburos ejercen algún tipo de impacto considerable. Se considera área de influencia directa a aquella zona en la cual se desarrollará la actividad de hidrocarburos, e indirecta a las áreas aledañas al proyecto.
PERUPETRO S.A. determinará el área de influencia en el procedimiento de participación ciudadana relacionada a la suscripción de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos.
En el procedimiento de participación ciudadana con relación a la elaboración y evaluación de los estudios ambientales, el Plan de Participación Ciudadana establecerá la delimitación del área de influencia directa e indirecta y los criterios utilizados para tal fin.

c. Autoridad Competente: Entidad encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la normativa que regula las actividades de hidrocarburos; y que posee la potestad para emitir pronunciamientos a través de actos administrativos, dentro del ámbito de su competencia.

d. Consultora: Son personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, debidamente registradas en la DGAAE, a quien el Titular del proyecto de la Actividad de Hidrocarburos haya encargado la elaboración del Estudio Ambiental.

e. Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE): Es el órgano técnico normativo del Ministerio de Energía y Minas encargado de proponer y evaluar la política, proponer y/o expedir la normatividad necesaria, así como promover la ejecución de actividades orientadas a la conservación y protección del medio ambiente, para el desarrollo sostenible de las actividades energéticas.

f. Estudios Ambientales: Son documentos de evaluación ambiental de proyectos de inversión y Actividades de Hidrocarburos, los cuales comprenden:
• EIA: Estudio de Impacto Ambiental
• EIAsd: Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado
• DIA: Declaración de Impacto Ambiental

g. Evento Presencial: Es el acto público que realiza PERUPETRO S.A. en aplicación de lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006-EM y la Resolución Legislativa N° 26253, en los casos de aplicación del procedimiento de consulta.

h. Instrumentos de Gestión Ambiental: Son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la Ley General del Ambiente y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

i. Oficina General de Gestión Social (OGGS): Es el órgano de asesoramiento del Ministerio de Energía y Minas encargado de promover las relaciones armoniosas entre las empresas minero energéticas y la sociedad civil, incluidos los Gobiernos Locales y Regionales, así como de propiciar el manejo de mecanismos de diálogo y concertación en el Sector y de colaborar en el diseño de programas de desarrollo sostenible. La OGGS tiene entre sus principales funciones efectuar el seguimiento de los compromisos sociales que asumen las empresas con las Poblaciones Involucradas en coordinación con las Direcciones Generales correspondientes.

j. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN: Es el encargado de regular, supervisar y fiscalizar las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales en los sectores de energía y minería. Entre sus funciones están las de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los sectores de energía y minería.

k. PERUPETRO S.A.: Empresa Estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas cuyo objeto social es: promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos y negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de Contratante, en representación del Estado, los Contratos en materia hidrocarburífera, así como, los convenios de evaluación técnica.

l. Plan de Participación Ciudadana: Documento mediante el cual el Titular del proyecto describe las acciones y mecanismos dirigidos a informar a la población acerca del proyecto. Para el presente Reglamento se consideran dos tipos de Planes de Participación Ciudadana:
i) Plan de Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales.
ii) Plan de Participación Ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales, que se desarrollará durante la vida del proyecto y que forma parte del Plan de Relaciones Comunitarias.

m. Poblaciones Involucradas: Personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que se encuentran dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de Hidrocarburos.

n. Términos de referencia: Comprenden, la Descripción del Proyecto, requerimientos mínimos de la Consultora que desarrollará los Estudios Ambientales; alcance del estudio, actividades a desarrollar, método de trabajo, facilidades, cronograma de trabajo, tiempo de la elaboración del estudio, equipos y materiales a utilizarse; entre otros.

Artículo V.- Ámbito de aplicación
El presente Reglamento es de alcance nacional, para todas las personas naturales y jurídicas, Titulares de los Contratos definidos en el artículo 10° de la Ley N° 26221, así como de las Concesiones y Autorizaciones para el desarrollo de Actividades de Hidrocarburos, comprendiendo desde el inicio de los procesos de: negociación o concurso para la suscripción del Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, el otorgamiento del derecho de concesión, otorgamiento de la Autorización, elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales; y durante el ciclo de vida del proyecto. En el presente

Reglamento se establecen las disposiciones especiales que deben ser aplicables a los pueblos indígenas y a la Población Involucrada.

Artículo VI.- Oportunidad
La oportunidad en la que se aplicará el presente Reglamento será durante las siguientes etapas:
a. Participación Ciudadana derivada de la negociación o concurso de los Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla a través de una serie de actuaciones a cargo de PERUPETRO S.A., que comprende el proceso de negociación con las empresas interesadas hasta su adjudicación y posterior presentación de las empresas a las Poblaciones Involucradas.
b. Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, que desarrollarán los Titulares del proyecto, con o sin participación de la DGAAE.
c. Participación Ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales: Proceso de Participación Ciudadana que se desarrolla luego de la aprobación de los Estudios Ambientales, durante el ciclo de vida del proyecto.

Artículo VII. Registro de actuaciones
Créese el Registro Interno de Participación Ciudadana, que estará a cargo de la DGAAE. Las entidades involucradas en los procesos de Participación Ciudadana, derivada de la negociación o concurso de los Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos y de la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, estarán obligadas, bajo responsabilidad, a remitir copia de las actuaciones relacionadas con la aplicación del presente Reglamento a la DGAAE siete (07) días calendario después de realizadas.

TÍTULO I
DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS
Artículo 1°.- De las Actividades de Hidrocarburos
1.1 El presente Reglamento regula el proceso de Participación Ciudadana, que conlleva los mecanismos de consulta en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, desde el inicio de la negociación o concurso del Contrato hasta el cierre del proyecto.
1.2 Para las actividades de Procesamiento o Refinación, Almacenamiento, Transporte, Comercialización y Distribución de Hidrocarburos, le son aplicables las disposiciones contenidas en los Títulos III y IV del presente Reglamento.

Artículo 2°.- Disposiciones referidas a los Estudios Ambientales
De acuerdo a las disposiciones establecidas en el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 015- 2006-EM y sus modificatorias, los Estudios Ambientales aplicables, según las Actividades de Hidrocarburos que se inicien o amplíen, serán los señalados en el artículo IV literal f) del Título Preliminar del presente Reglamento, y están sujetos a las disposiciones establecidas en esta norma.

Artículo 3°.- Otros Instrumentos de Gestión Ambiental
Para el caso de otros Instrumentos de Gestión Ambiental, la DGAAE determinará la realización de Talleres Informativos, con presencia de la DGAAE, cuando la actividad que desarrollará el Titular del proyecto así lo requiera.

TÍTULO II
DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA RELACIONADO A LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y/O EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

Artículo 4°.- De la negociación y suscripción de los Contratos

4.1 Compete a PERUPETRO S.A. conducir el proceso de Participación Ciudadana de las áreas en las cuales se esté negociando o concursando para la suscripción de un Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos.

4.2 Esta etapa incluirá la difusión de información sobre el proyecto y las acciones que se vienen realizando para la negociación o concurso del Contrato, así como una vez firmado el Contrato, la presentación oficial del nuevo Contratista ante la Población Involucrada.

4.3 Esta etapa se regirá por el principio de buena fe y tomará en consideración las características sociales de la Población Involucrada con el objeto de establecer un diálogo entre el Estado, las Poblaciones Involucradas y los Titulares de los Proyectos.

Artículo 5°.- Etapas de Participación Ciudadana en el proceso de negociación y suscripción del Contrato

El proceso de información a cargo de PERUPETRO S.A. se realizará durante las siguientes etapas:

a. Inicio del proceso de negociación o concurso.
b. Previo al envío del proyecto de Contrato al Ministerio de Energía y Minas.
c. Con la suscripción del Contrato de Exploración y/o Explotación.

Artículo 6°.- Desarrollo de los procesos a cargo de PERUPETRO S.A.

Al inicio del proceso de negociación o concurso y previo al envío del proyecto de Contrato al Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A. informará a través de su página web y mediante comunicaciones dirigidas a los representantes de los Gobiernos Regionales, Locales y organizaciones representativas de las Poblaciones Involucradas, de las áreas de los lotes donde se desarrollaría la actividad, lo siguiente:

a. Lista de Contratos en negociación o concurso con indicación de la fecha de inicio.
b. Mapa de lotes.
c. Empresa (s) petrolera (s) interesada (s)
d. Criterios para la selección de las Empresas.

Al inicio del proceso de negociación o concurso, PERUPETRO S.A. deberá realizar Eventos Presenciales con el objeto de conocer las percepciones locales respecto al proyecto que se prevé ejecutar. La información generada será remitida al Registro de Actuaciones de la DGAAE.

Asimismo, PERUPETRO S.A., una vez suscrito el Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, informará a través de el (los) Evento (s) Presencial (es), lo siguiente:

a. Empresa Petrolera adjudicataria
b. Número del Decreto Supremo que autoriza la suscripción del Contrato.
c. Criterios utilizados para la calificación de las Empresas.
d. Modalidad de contratación utilizada, de ser el caso.
e. Mapa del área del Contrato (Lote).
f. Programa de actividades a desarrollar.
g. En el caso del Evento Presencial, PERUPETRO S.A. procederá a presentar al Contratista ante la población del área de influencia.

Artículo 7°.- Coordinaciones con otras entidades
PERUPETRO S.A. informará al Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andino, Amazónico y Afroperuano (INDEPA), o quien haga sus veces, sobre el proceso de negociación iniciado.

Artículo 8°.- De los Eventos Presenciales
8.1 PERUPETRO S.A. deberá informar a las Poblaciones Involucradas, diversos aspectos generales sobre el contrato suscrito y las Actividades de Hidrocarburos a ser ejecutadas. Los gastos que irrogue la convocatoria y ejecución del Evento o los Eventos Presenciales estarán a cargo de la empresa Contratista, a excepción de los gastos que irroguen el desplazamiento y alimentación de los representantes del Estado.
8.2 En el caso de que en el Lote existan indicios de la presencia de Pueblos Indígenas en Aislamiento y/o Contacto Inicial, INDEPA o quien haga sus veces, participará en dichos Eventos Presenciales
8.3 Las observaciones y opiniones planteadas por las poblaciones y sus organizaciones representativas referidas a incidencias en los aspectos sociales, culturales y ambientales, serán remitidas por PERUPETRO S.A. a la DGAAE, a efectos de que sean evaluados y merituados en el proceso de evaluación de los Estudios Ambientales que presenten las contratistas.

TÍTULO III
DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA CON RELACIÓN A LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Articulo 9°.- Inicio del proceso de Participación Ciudadana con relación a la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales
Concluido el proceso informativo a cargo de PERUPETRO S.A., la DGAAE es la Autoridad Competente encargada de conducir los procesos de Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales.

CAPÍTULO I
MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA CON RELACIÓN A LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Artículo 10°.- Mecanismos de Participación Ciudadana
10.1 Los mecanismos de Participación Ciudadana tienen por objeto la difusión de información y la incorporación de observaciones y opiniones, orientadas a mejorar los procesos de toma de decisiones respecto de los Estudios Ambientales.
10.2 Los mecanismos de Participación Ciudadana instituidos por la presente norma son los siguientes:
a. Talleres Informativos.
b. Audiencia Pública.
c. Buzón de observaciones y opiniones.
d. Oficina de Información y Participación Ciudadana.
e. Visitas guiadas.
f. Equipo de promotores.
g. Difusión a través de medios de comunicación escrita, televisiva o radial.

Artículo 11°.- Mecanismos de Participación Ciudadana Obligatorios
Durante los procesos de elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, los siguientes mecanismos son obligatorios de realizar dentro del Plan de Participación Ciudadana:
- Talleres Informativos.
- Audiencias Públicas.

Artículo 12°.- Mecanismos de Participación Ciudadana Complementarios
Sin perjuicio de los mecanismos obligatorios que deben ser desarrollados, se podrán utilizar los siguientes mecanismos complementarios, según resulten apropiados, de acuerdo con las características particulares de cada proyecto, considerando su magnitud, área de influencia, situación del entorno, sensibilidad social del área, la envergadura y complejidad del proyecto:
a. Buzón de observaciones y opiniones.
b. Oficina de Información y Participación Ciudadana.
c. Visitas guiadas.
d. Equipo de promotores.
e. Difusión a través de medios de comunicación escrita, televisiva o radial.
Para tales efectos, la DGAAE podrá disponer que el Titular del Proyecto realice diversos mecanismos complementarios de Participación Ciudadana.

CAPÍTULO II
DE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DURANTE LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Artículo 13°.- Presentación del Plan de Participación Ciudadana para la etapa de Elaboración y Evaluación de los Estudios Ambientales
13.1 Antes de la Elaboración de los Estudios Ambientales, el Titular del Proyecto presentará ante la DGAAE, el Plan de Participación Ciudadana referido a esta etapa.
13.2 Durante la etapa de elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, los Titulares de los proyectos deberán ejecutar su Plan de Participación Ciudadana debidamente aprobado por la DGAAE, en concordancia con los contenidos establecidos en el presente Reglamento, según corresponda.
Artículo 14°.- Del Plan de Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales
El contenido del Plan de Participación Ciudadana será el siguiente:
a. Área de Influencia (directa e indirecta) del Proyecto: Descripción, criterios utilizados para su delimitación, y Mapa en el cual se muestre: la ubicación de las comunidades, reservas indígenas, Áreas Naturales Protegidas y su Zona de Amortiguamiento y el área de influencia directa e indirecta de la Actividad de Hidrocarburos que se desarrollará.
b. Grupos de Interés del Área de Influencia del Proyecto.
c. Mecanismos de Participación Ciudadana: Obligatorios y Complementarios.
d. Cronograma mensual de ejecución del Plan de Participación Ciudadana.
e. Medios logísticos para el cumplimiento de los Mecanismos de Participación Ciudadana Obligatorios.
f. Propuesta de los lugares en que se realizarán los Mecanismos de Participación Ciudadana Obligatorios.
g. Nombre y cargo de la persona responsable que brindará a la población la información relacionada a la Actividad de Hidrocarburos a desarrollar, el mismo que recibirá y registrará las opiniones y observaciones de la población en general.
h. Nombre de la Consultora que elaborará el Estudio Ambiental.

i. Actuaciones previas efectuadas por PERUPETRO S.A. en el caso de los proyectos de Exploración y/o Explotación.

Artículo 15°.- De la aprobación del Plan de Participación Ciudadana durante la Elaboración y Evaluación de Estudios Ambientales

El Plan de Participación Ciudadana se presenta a la DGAAE conjuntamente con los Términos de Referencia del Estudio Ambiental para su evaluación y de ser el caso, su aprobación. Dentro de los quince (15) días calendario de su presentación, la DGAAE se pronunciará respecto al Plan de Participación Ciudadana.

TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA POSTERIOR A LA APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Artículo 16°.- Consideraciones Generales

El Plan de Participación Ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales, forma parte del Plan de Relaciones Comunitarias contenido en el Plan de Manejo Ambiental de los Estudios Ambientales. Este Plan de Participación Ciudadana será para el ciclo de vida del proyecto, con el objeto de que la población involucrada de manera organizada participen en los Programas de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana de los impactos sociales y ambientales derivados de la ejecución del proyecto de Hidrocarburos. El Plan de Participación Ciudadana presentado por el Titular del proyecto, correrá a cargo de éste y será elaborado de manera coordinada con la población involucrada organizada que se encuentra dentro del Área de Influencia Directa e Indirecta del Proyecto de Hidrocarburos.

Artículo 17°.- Mecanismos de Participación Ciudadana posteriores a la aprobación del Estudio Ambiental

El Titular del proyecto deberá tomar en cuenta los mecanismos de Participación Ciudadana contenidos en la Guía de Relaciones Comunitarias elaborada por el Ministerio de Energía y Minas, según resulten apropiados. En adición a los mecanismos propuestos en la citada Guía de Relaciones Comunitarias, el Titular del proyecto deberá implementar el Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana y/o establecer una Oficina de Información y Participación Ciudadana de acuerdo con las características particulares de cada proyecto, considerando su magnitud, área de influencia, situación del entorno y otros aspectos relevantes.

Artículo 18°.- Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana

Constituido por grupos de vigilancia ambiental y social que se encarguen de hacer un seguimiento de las acciones del proyecto con un mayor impacto potencial. La implementación de este programa corre a cuenta del Titular del proyecto y deberá ser coordinado con las Autoridades Competentes del sector en las funciones de supervisión y fiscalización. Los documentos generados por estas actividades serán remitidos periódicamente al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, a la DGAAE y a la OGGS, para que procedan en el marco de sus competencias. OSINERGMIN deberá informar a la Población Involucrada los resultados de la evaluación de los informes remitidos en el marco del Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana.

Artículo 19°.- Oficina de Información y Participación Ciudadana

El Titular del Proyecto deberá establecer una oficina en horario fijo y permanente dedicada a absolver consultas sobre el desarrollo del proyecto y recibir las observaciones o aportes de la ciudadanía.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Modificación del Artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2000-EM Modificar el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2000-EM, el que quedará redactado de la siguiente manera: «Artículo 1°.- Los plazos previstos en el Artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-EM para efectos del cumplimiento y ejecución del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se suspenderán en los supuestos siguientes:
a. En el período comprendido entre la presentación de la solicitud que la Contratista realice a PERUPETRO S.A., para el inicio de las coordinaciones para la realización del evento presencial ante la población que se encuentra en el área del lote, en cumplimiento de lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo N° 015-2006-EM; hasta la realización del citado evento. El plazo de suspensión bajo este supuesto, no podrá exceder a ciento ochenta (180) días calendarios; y,
b. En el período comprendido desde la presentación de la solicitud a la DGAAE para la realización del Taller antes de la elaboración del Estudio Ambiental acompañado de los Términos de Referencia hasta la aprobación del Estudio Ambiental respectivo. El plazo de suspensión no podrá exceder a doscientos diez (210) días calendarios. La suspensión estará condicionada a las coordinaciones que se realicen entre el Estado y las Contratistas en cada caso. La contratista no podrá invocar los plazos máximos de manera unilateral.»

Segunda.- Aprobación de lineamientos, criterios y aspectos operacionales
El Ministerio de Energía y Minas emitirá una Resolución Ministerial que incluirá los lineamientos, criterios y aspectos operacionales que deben ser considerados para la mejor aplicación de los instrumentos a que se refiere la presente norma, en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir de la entra en vigencia del presente Reglamento.

Tercera.- Aplicación del Reglamento
Los Estudios Ambientales que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento no hayan sido presentados a la DGAAE, se regirán por lo establecido en la presente norma; reconociéndoseles los mecanismos de Participación Ciudadana obligatorios realizados antes y/o durante la elaboración de los Estudios Ambientales. Los Estudios Ambientales que se encuentren en trámite y que ya cuenten con convocatoria para Audiencia Pública, se regirán por lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 535-2004-EM/DM hasta la culminación de su trámite. Los procedimientos cuyo trámite se encuentre en una etapa anterior, deberán adecuarse a lo dispuesto en el presente Reglamento.

DISPOSICIONES FINALES
Primera.- El presente Reglamento entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

Aprueban Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero
RESOLUCION MINISTERIAL Nº 304-2008-MEM-DM

Artículo 1.- Objeto de la Resolución Ministerial

La presente Resolución Ministerial tiene por objeto desarrollar los mecanismos de participación ciudadana a que se refiere el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por el Decreto Supremo Nº 028-2008-EM (en adelante el «Reglamento»), así como las actividades, plazos y criterios específicos, para el desarrollo de los procesos de participación en cada una de las etapas de la actividad minera.

Artículo 2.- Mecanismos de participación ciudadana

Son mecanismos de participación ciudadana los siguientes:

2.1. Acceso de la población a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales: Consiste en la entrega del Resumen Ejecutivo del estudio ambiental, por escrito y en medio digital, y en cualquier otro medio que la autoridad competente considere idóneo, previa revisión y conformidad de su contenido por parte de la autoridad competente, a las autoridades públicas, comunales o vecinales y a personas o entidades interesadas o que puedan facilitar su difusión, con la finalidad de promover el fácil entendimiento del proyecto minero y del estudio ambiental correspondiente, así como la revisión del texto completo de dicho estudio ambiental, en las sedes indicadas por la autoridad.

2.2. Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos, radiales: Consiste en la difusión de avisos en diarios de mayor circulación y mediante anuncios radiales, dando cuenta de la presentación de un estudio ambiental ante la autoridad competente, del plazo y lugar para la revisión del texto completo del estudio ambiental y para la presentación de observaciones y sugerencias. En este aviso también se incluyen los demás mecanismos de participación ciudadana que fueran a ser empleados, de ser el caso.

2.3. Encuestas, Entrevistas o Grupos Focales: Destinadas a recabar información sobre actividades, intereses, percepciones y otro tipo de información que deba considerarse en el diseño de las actividades de exploración y explotación del proyecto minero y en la toma de decisiones que le compete a la autoridad.

2.4. Distribución de materiales informativos: Son los medios escritos, de audio o audiovisuales, que tienen por fin ilustrar y dar a conocer, de manera sencilla y didáctica las actividades propuestas o en ejecución, las medidas de manejo ambiental que cumplirá o viene cumpliendo, y otra información que pueda ser relevante. Deben ser elaborados en un lenguaje sencillo, coloquial y usando la lengua mayoritariamente usada y comprendida por la población involucrada.

2.5. Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto: Visitas guiadas por personal especializado dispuesto por el titular minero, con o sin participación de la autoridad, a fin de mostrar las características del lugar en el que se desarrollará el proyecto materia del estudio ambiental; las medidas de prevención, control y mitigación empleadas en caso el titular haya desarrollado proyectos previos y cualquier otro aspecto relevante para el proceso de participación ciudadana.

2.6. Interacción con la población involucrada a través de equipo de facilitadores: Dispuesto por el titular minero en coordinación con la autoridad, el cual visita casa por casa, o comunidad por comunidad, en el área de influencia del proyecto minero, con la finalidad de informar y recoger percepciones sobre el estudio ambiental a elaborar, que se viene elaborando, o que está siendo revisado por la autoridad, sobre el proyecto minero, sus posibles impactos y las medidas de prevención, control y mitigación a adoptarse

2.7. Talleres participativos: Orientados a brindar información, establecer un diálogo y conocer percepciones, preocupaciones e intereses de la población respecto del proyecto minero, antes de la elaboración del estudio ambiental, durante su elaboración, o durante la evaluación a cargo de la autoridad

2.8. Audiencia Pública: Acto público dirigido por la autoridad competente, en el cual se presenta el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIAsd) de proyectos de explotación y beneficio minero, registrándose los aportes, comentarios u observaciones de los participantes.

2.9. Presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente: Consiste en facilitar el ejercicio del derecho a la participación mediante la presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente en el plazo establecido en el marco normativo aplicable.

2.10. Oficina de Información Permanente: Consiste en el establecimiento o disposición, por parte del titular minero, de un ambiente físico en un lugar apropiado para el acceso de la población involucrada, en el cual se brinde información sobre el proyecto minero y se absuelva las interrogantes que respecto de éste, el estudio ambiental o su cumplimiento pueda tener dicha población.

2.11. Monitoreo y Vigilancia Ambiental Participativo: Consiste en promover de manera organizada, la participación de la población involucrada para el acceso y generación de información relacionada a los aspectos ambientales de las actividades de explotación minera, luego de aprobado los EIA o EIAsd, a través del seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del titular minero.

2.12. Uso de medios tradicionales: Consiste en aquellas formas de participación identificadas de acuerdo a las características sociales y culturales de la población involucrada, las cuales deberán ser identificadas y planteadas por el titular minero en la propuesta de Plan de Participación Ciudadana para la consideración de la autoridad competente, sin perjuicio de que ésta las disponga de oficio.

2.13. Mesas de Diálogo: Espacio permanente o temporal de interacción entre los representantes acreditados de la población involucrada, de la sociedad civil organizada, de los titulares mineros y las autoridades locales, regionales o nacionales con competencias, en el que se aborda determinados asuntos ambientales o socio ambientales relacionados al proyecto minero, a fin de construir consensos y establecer acuerdos. Es la Autoridad Competente quien promueve la conformación de la Mesa de Diálogo en coordinación con las autoridades regionales o locales con competencias en minería o medio ambiente.

El TC se pronunció señalando que estas normas solo desarrollan talleres informativos lo cual nada tiene que ver con el derecho a la consulta previa.
STC 05427-2009-AC/TC

«Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar «talleres informativos» con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º». (f.j. 62)

¿Cómo negociar con el Estado y con las empresas extractivas?
Test de los derechos de los pueblos indígenas[20]

Este artículo tiene como objetivo reflexionar sobre cuáles deberían ser los criterios que los pueblos indígenas deben de tener muy presente al momento de negociar con el Estado y con las empresas privadas, según nuestro criterio. El debate está abierto.

Principales errores de los pueblos indígenas al negociar con el Estado y las empresas

1) Se debe negociar en principio con el Estado, pues a diferencia de la empresa este tiene la función de no solo de respetar los derechos de los pueblos indígenas, sino de garantizar que los particulares (las empresas) respeten los mismos. (art. 44 de la Constitución – CP y el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH).
2) Se exige a la empresa como si esta nos diera *«concesiones»*, cuando en realidad debe exigirse el respeto a los derechos de los pueblos indígenas. La diferencia está en que las concesiones dependen de la «generosidad» de la empresa o del Estado, mientras que los derechos se deben cumplir por exigencia del ordenamiento jurídico, independientemente que las empresas o el Estado sean generosos o sensibles. Un acto público privado que no respeta un derecho constitucional es nulo.
3) No recurren al sistema de justicia cuando las empresas y el Estado no respetan los derechos de los pueblos indígenas. Olvidan que los jueces son los encargados de proteger los derechos cuando el poder y los políticos no lo quieren hacer.
4) Los pueblos indígenas no invocan ni sustentan sus demandas en los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT (C169), a pesar que estos tienen rango constitucional y tiene mayor jerarquía que las normas legales y reglamentarias que regulan el sector minero energético. La argumentación en base a derechos tiene el potencial de legitimar las demandas, pues su incumplimiento implica una violación al Estado de Derecho. Asimismo, tienen una capacidad de deslegitimación cuando se critica a alguna autoridad pública por violarlos. Esta fuerza política del derecho es desperdiciada sistemáticamente por los pueblos indígenas.
5) Los derechos de rango constitucional como son los derechos de los pueblos indígenas, no solo obligan al Estado sino que también obligan a las empresas privadas. Por ello es un error no exigir a estas empresas el cumplimiento de estos derechos. Un buen ejemplo lo constituye el derecho a compartir beneficios. Los Shuar en ningún momento señalan que el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios, es un derecho contenido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y que debe ser cumplido indefectiblemente.

Derechos intangibles[21] de los pueblos indígenas que bajo ninguna circunstancia pueden ser violados cuando se explotan recursos naturales en sus territorios

Existen derechos y principios que son «intangibles», es decir, que bajo ningún supuesto pueden ser afectados, incluso cuando entran en conflicto con otros derechos y principios. Estos deberán ser respetados en todo momento.

[20] Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=657.

[21] Sobre los derechos «intangibles» y maximizables, tomamos los conceptos de Raquel Yrigoyen Fajardo, sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación, en: Consulta previa. Experiencias y aprendizajes, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Bogotá, 2009, pág. 101 y siguientes. Sin embargo, discrepamos con Yrigoyen cuando precisa que solo tres son los derechos intangibles derecho a la existencia, a la integridad física y cultural, y a las indemnizaciones.

1) El derecho de los pueblos indígenas a existir como pueblo indígena, es decir, la obligación del Estado de protegerlos a efectos de evitar la extinción de los mismos, (art. 2.1 de la CP93[22]). Esto implica la no aprobación de proyectos que amenacen la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 128).
2) El derecho al acceso de los recursos naturales que permiten la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
3) El respeto a la dignidad de los pueblos y la prohibición de ser tratados con violencia o algún tipo de coerción, (art. 1 y 1.1 de la CP93 y 3.2 del C169[23])
4) El derecho a la vida y a la salud de cada uno de los miembros de los pueblos indígenas, lo que supone la prohibición de poner en peligro los mencionados derechos de cada uno de ellos (art. 2.1, 7 y 44 de la CP93),
5) El derecho a la integridad física (territorios y alimentos) (art. 2.1, 5.d del C169),
6) El derecho a la identidad cultural (identidad, instituciones y costumbres) de los pueblos indígenas, el cual trae como correlato la obligación del Estado de proteger el pluralismo cultural y étnico (2.19 de la CP93 y 5.a del C169),
7) El derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas (2.22 de la CP9 y 7.4 del C169) lo cual ocasiona el deber estatal de prevenir la contaminación ambiental. Esto también acarrea el debes estatal de acción inmediata de suspensión, reparación y prevención de daños ulteriores (Corte IDH, sentencia Saramaka párr.39[24]).
8) El derecho a un estudio de impacto ambiental debe ser realizado con la participación de los pueblos indígenas y debe medir el impacto social, cultural y espiritual de la medida prevista de ser adoptada. (art. 7.3 del C169)
9) El estudio de impacto ambiental debe ser realizado por una institución independiente y técnicamente capaces. (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 129)
10) El derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios (art. 15.2 del C169, Corte IDH, sentencia Saramaka párr. 129).
11) El derecho a indemnizarse por los daños que se generen a los derechos de los pueblos indígenas. (art. 15.2 del C169).
12) El derecho a la implementación efectiva de los estándares legales existentes (art. 2 CADH[25] y 44 de la CP93).
13) El derecho a la revisabilidad de los actos administrativos (concesiones) no consultados con los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 196).
14) La inconstitucionalidad de los actos normativos o administrativos posteriores a 1995 (entrada en vigencia del Convenio 169) no consultados. (TC 00022-2009-PI/TC, f.j. 10 y STC 06316-2008-PA/TC, f.j. 27).

Derechos y bienes jurídicos «maximizables» de los pueblos indígenas cuyo cumplimiento deberá exigirse en la mayor medida posible

La interpretación de los derechos debe apuntar a su maximización en la medida que ello sea posible jurídicamente y fácticamente. En caso de colisión se deberá intentar armonizarlos. Esto no significa que hay licencia para violar estos bienes jurídicos de los pueblos indígenas.

[22] Constitución Política de 1993.
[23] Convenio 169 de la OIT.
[24] Corte IDH, Caso Saramaka vs. Suriname, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
[25] Convención Americana de Derechos Humanos.

La explotación de recursos naturales no los deroga automáticamente. Ellos siguen siendo exigibles y siguen vinculando al Estado y solo retrocederán si es que se demuestra que ello es condición ineludible para proteger bienes jurídicos de mayor relevancia y entidad constitucional. Entre estos derechos tenemos: 1) El derecho a decidir autónomamente y el principio de control indígenas de sus propias instituciones[26], (considerando 5to art. 7.1 del C169), 2) El derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, (art. 7.1 del C169), 3) El derecho a la posesión y propiedad de sus territorios, (art. 13 y 14 del C169), 4) El derecho al aprovechamiento de los recursos naturales en sus territorios que han utilizado tradicionalmente, (art. 15.1 de C169), 5) El derecho a no ser desplazados de sus territorios (art. 16 del C169) y El derecho al mejoramiento de las condiciones de vida, de salud y de bienestar (7.2 del C169). No son todos, pero creo que son los más importantes.

Factores a tener para ponderar en casos de colisión de derechos y principios de los pueblos indígenas y del Estado y de las empresas[27]

Como dijimos, en caso de conflicto entre derechos y principios se deberá intentar armonizarlos y compatibilizarlos, y cuando realmente esto no sea posible, se deberá de proteger a aquellos bienes jurídicos (derechos, y principios) de mayor importancia en el caso en concreto. Esta ponderación deberá de apoyarse en los siguientes criterios o factores.

1) Se deberá preferir la protección de aquellos derechos que tienen conexión directa con la dignidad, con el derecho a la vida y a la salud. Se deberá preferir por ejemplo el derecho a la salud que el derecho a la libertad de empresa.
2) Se deberá de proteger aquellos derechos cuyo grado de «reparabilidad» sea más difícil, compleja o imposible.
3) Se deberá preferir de aquellos derechos que no brindan otras alternativas. En el caso de la libertad empresarial, la empresa extractiva puede irse a explotar en otros sitios donde no se genere tanto daño en el caso que lo cause, en cambio los pueblos indígenas no puede ir a otro sitio porque solo tiene una sola tierra.
4) Se deberá de preferir la protección de los derechos que afecten en mayor extensión.
5) Se deberá de preferir la protección de los derechos cuya violación tenga una mayor durabilidad en el tiempo
6) Se deberá de preferir la protección de los derechos cuya violación que tenga más efectos colaterales
7) Se deberá de preferir la protección de los derechos cuya violación genere una mayor costo en la intervención.

Este conjunto de derechos y principios constituye en conjunto un test que podrían tener en cuenta los pueblos indígenas a la hora de dialogar con el Estado y las empresas privadas. El mismo tiene como base la idea de que los derechos no son negociables y deben ser cumplidos, pues constituyen criterios de validez material de las decisiones del Estado y de las propias empresas. Como señala Raquel Yrigoyen en lo procesal, los derechos a la consulta, a la participación y al consentimiento, obligan al Estado a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas en lo sustantivo. Los estados quedan obligados a respetar un conjunto de derechos, algunos intangibles y otros, deberán ser armonizados y ponderados adecuadamente[28], pero bajo ninguna circunstancia deberán ser dejados de lado.

---

[26] Raquel Yrigoyen, op.cit. pág. 113.

[27] Estos criterios han sido desarrollados por Mijail Mendoza. Puede revisarse por ejemplo su libro Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor, Palestra, Lima, 2007, págs. 441 y sgts.

[28] Raquel Yrigoyen, op.cit. pág. 102.

Capitulo 7
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa

EXP. N.° 03343-2007-PA/TC
LIMA
JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON

§ Comunidades nativas y medio ambiente

26. Como ya se expresó, el problema a dilucidar en el presente caso es determinar si la exploración y posible explotación hidrocarburífera implica una afectación o amenaza al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera* y, por consiguiente, una afectación al derecho del actor a un ambiente adecuado y equilibrado. No obstante, del informe técnico remitido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a este Tribunal Constitucional por medio del Oficio N.° 253-2008/MIMDES-DGPOA, el 14 de junio de 2008, se aprecia que en el lote 103 existen *64 comunidades nativas de grupos étnicos* perteneciente a las familias *Cocama Cocamilla* y *Chayahuita*. Por tal motivo -si bien solo algunos de estos grupos podrían ser directamente afectados- este Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas.

a) Derecho a la identidad étnica y cultural

27. Del el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del

castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constituciónprescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales.Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

29. Sobre el *derecho a la identidad étnica,* es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir,* de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho «supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...].» (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.* Tecnos, Madrid; 2000, p. 34).

30. A propósito de lo expuesto, es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N.° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

> «el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa» y que tal derecho comprende: «a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda» (subrayado agregado).

Sin perjuicio de ello, y como ya se observó, algunas de estas facultades han sido reconocidas en nuestro ordenamiento de manera autónoma, enfatizándose con ello su relevancia y alcance. Tal es el caso del derecho a la no discriminación en el centro de labores, el derecho a expresarse en su propia lengua, a la libertad de organizarse y el derecho a la libre disposición de sus tierras (artículo

89 de la Constitución, para los dos último casos). De otro lado, debe observarse el Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente, el que a continuación se analizará.

b) El Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales

31. Previamente, debe destacarse que »nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades» (STC N.° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los «tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional» (STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

32. Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia,el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término «tierras», para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de «territorio» ya que la unidad de la comunidad a su territorio *excede* la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un *dominio espiritual y cultural de la tierra.* La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, en donde refiere:

> «Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras».

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser

confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

33. Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

34. De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, «aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente». Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados «antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.» De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inició a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, Además. se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que

los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

> «[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones» (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

37. En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.° 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la «consulta es una forma de Participación Ciudadana» de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.° 535-2004-MEM-DM, que también disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas. Así se busca materializar el contenido del Convenio N. 169, por lo que las comunidades nativas y campesinas son los principales sujetos beneficiados con esta normativa.

38. De lo revisado en autos, es de inferirse que la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo, en virtud de la resolución ministerial referida, una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas.

39. Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar.

40. No obstante, y a pesar de la normativa indicada, es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas.
(...)

EXP. N.° 0022-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 09 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se agregan.

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.° 1089.

DEMANDA Y CONTESTACIÓN

a) Demanda contra el Decreto Legislativo N.° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales

Con fecha 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

- Los demandantes refieren que «sin entrar al fondo del contenido de la norma», ésta 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.

- Alegan que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.° 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. Refieren que 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.

- Expresan que este decreto legislativo «es de espíritu inconstitucional», ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley N.° 22175 y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo N.° 667, Ley de Registro de Predios Rurales.
- 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.

- Estiman, a manera de precisión, que el Decreto Legislativo ha sido promulgado en virtud de la Ley N.° 29157, que otorgó al Ejecutivo la «Facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento».

- Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.° 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N.° 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N.° 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

b) Contestación de la demanda

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda alegando lo siguiente:

- Explica que mediante el Decreto Legislativo N.° 1089 se ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtenga la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.
- Expresa que el Decreto Legislativo N.° 1089, no ha excedido el marco delegado por la Ley N.° 29157, ya que este versa sobre materias específicamente delegadas por dicha Ley autoritativa, puesto que está dirigido a la mejora del marco regulatorio y a la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos.

- De otro lado argumenta que con el Decreto Legislativo no se está derogando la Ley N.° 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, máxime si es que el decreto legislativo es de carácter temporal y que no se ha pretendido legislar sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

- Subraya por su parte, que la DNUDPI no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.

- Alude además, que el Convenio N.° 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el «desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra» (sic). En tal sentido, alegan que «darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana.» Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas. Por tal motivo, resulta necesario una ley a fin de que se dicten los requisitos, condiciones y características que debería considerarse propios de los pueblos indígenas.

- Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.° 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta.

- Finalmente, expresa que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.° 1089 es una medida de alcance general y «no vincula expresamente de manera directa a las comunidades campesinas». Agrega que el decreto legislativo es de carácter temporal, de lo que se debe concluir que la no realización de la consulta no implica la inconstitucionalidad de la norma.

FUNDAMENTOS

1. Como se aprecia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, los actores sostienen que la normativa cuestionada es inconstitucional debido a que fue aprobada sin que se haya realizado una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio N.° 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Por tal motivo, a fin de resolver el caso, resulta necesario revisar algunos aspectos o elementos propios de los pueblos indígenas, así como las obligaciones establecidas en su favor por los tratados o por declaraciones internacionales.

2. Si bien en la demanda planteada se alega que los cuestionamientos contra las normas son efectuadas «sin entrar al fondo del contenido de la norma», a lo largo de la demanda existen otros argumentos que al parecer estarían cuestionando aspectos de índole material del decreto legislativo. No obstante ello, y en virtud de lo solicitado expresamente por los demandantes este Tribunal se remitirá a emitir pronunciamiento sobre la supuesta omisión del proceso de consulta.

§ I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico

3. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el

reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que «la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú» [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.

4. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen «dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)». Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

§ II. Derecho a la identidad

5. Sobre el *derecho a la identidad étnica,* es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir,* de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho «supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...].» (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.* Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

«el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa» y que tal derecho comprende: «a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]» (subrayado agregado).

§ III. Sobre la aplicabilidad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

6. Los demandantes han hecho una referencia directa al DUNDPI, alegando que no se han cumplido una serie mandatos contenidos en dicha declaración. De otro lado, el Ejecutivo alega que tal declaración no es aplicable en nuestro ordenamiento, puesto que no ha sido ratificada por el Estado peruano, por consiguiente, no sería aplicable al presente caso. Esta discusión hace necesario que el Tribunal Constitucional, determine cual de las soluciones propuestas es la constitucionalmente legítima.

7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidos aprobó «La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas» con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.

8. 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.

§ IV. Sobre la aplicabilidad del Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

9. En el caso del Convenio N.° 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los «tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional» [STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]». Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos

indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

§ V. Argumentos esbozados por el Ejecutivo sobre la aplicabilidad del Convenio N.° 169 de la OIT

10. El representante del Ejecutivo ha argumentado que el Convenio N.° 169 no es aplicable puesto que la mayoría de la población peruana es mestiza. Se confunde con ello el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como Pueblo Indígena y de otro lado la vigencia del Convenio N.° 169. Como se acaba de expresar el referido tratado internacional forma parte del ordenamiento, teniendo sus mandatos rango constitucional. Aspecto distinto será el de su aplicación, esto es, determinar quiénes son los sujetos pasibles de reclamar los derechos reconocido en el tratado. El artículo 1 del citado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los Pueblos Indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Este tipo de datos se tendrán que determinar en cada caso en concreto, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, debe afirmarse sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.° 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas.

11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.° 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.° 169 de la OIT*, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derecho fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.» Mientras que el segundo indica que; «Una parte

no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.» Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.° 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.

13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato *ius fundamental* contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas.

§ VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural

14. Con el Convenio N.° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

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

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

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

16. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que:

«En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades» (énfasis agregado).

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

§ VII. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.° 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y

directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.

20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.

23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados.

§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal

finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

§ IX. Elementos y características del derecho de consulta

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional.

a) Buena fe

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: *1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.

28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se

recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas.** Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.° 169. No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.

30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.

b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una «manera apropiada a las circunstancias».

32.De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor

intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

34. Puesto que el Convenio N.° 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

e) Implementación previa del proceso de consulta

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la

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

§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

§ XI. Etapas del proceso de consulta

41. Si bien el Convenio N.° 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:
i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.

ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena.

§ XII. Consideraciones en torno al territorio de los pueblos indígenas

42. En la segunda parte del Convenio N.° 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquello pueblos que hayan sido trasladados o reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido.

43. En la demanda y en la contestación se ha hecho referencias al territorio que ocupan los pueblos indígenas. Este sería uno de los puntos que los demandantes alegan que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Es decir, de acuerdo a los demandantes, las medidas legislativas serían susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas sobre todo en materia relativa a la posesión y propiedad de sus tierras. Por ello debe tenerse presente algunas consideraciones entorno a este tema. Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.° 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término «tierras» deberá incluir el concepto de «territorios», esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, «salvo en el caso de abandono» previsto en el artículo 88.

§ XIII. Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas

44. Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa.

Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las «reglas de juego» las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

§ XIV. El abandono de las tierras indígenas

45. Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.° 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.

46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.° 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

§ XV. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena

47. De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.° 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 007-2007-PI/TC, expresando que: «las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi,* incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso» En tal sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los criterios más importantes que la Corte ha vertido en materia relativa a la protección del territorio indígena.

48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que «la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras» [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y «con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural» [párrafo 146].

49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la «pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.» Se resaltó además que para los pueblos indígenas «la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» [párrafo 149].

50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:

«1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.»

51. Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual prejuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción.

§ XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. **Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos.** De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.

53. El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común.

§ XVII. Análisis de la norma cuestionada

54. La norma cuestionada establece el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización y titulación de predios rurales, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Así, el Decreto Legislativo N.° 1089 declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. Tal como se aprecia en la exposición de motivos, con el decreto legislativo se pretende establecer un régimen extraordinario de formalización, facultando al Organismo de Formalización de Propiedad Informal -COFOPRI- a que ejecute procesos de formalización y titulación masivos de propiedad rural de manera directa, rápida, simplificada y segura.

55. Sin embargo, en la propia exposición de motivos de la norma se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta referencia no fue incluida en el decreto legislativo, generando con ello cierta confusión. Y es que si bien en la norma no se hace referencia específica a las tierras de los pueblos indígenas, tampoco son materia de exclusión de los alcances de la norma. En el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo se establece que únicamente están excluidos los predios que se encuentran comprendidos en procesos de inversión privada y los declarados de interés nacional. Lo expuesto es relevante porque podría significar la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes. Por el contrario, si es que no se determina tal relación de afectación, entonces no sería necesario llevar a cabo la consulta y la presente demanda devendría en infundada.

56. En virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional «salvar», hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund, 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indignas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta.

57. Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.° 032-2008-VIVIENDA -que reglamenta la norma cuestionada-, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagnostico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas.

58. Como se aprecia, el reglamento especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas. Esta exclusión debe entenderse que alcanza a los territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento. En estos últimos casos, en todo caso, las partes tienen el legítimo derecho para iniciar las acciones legales a fin de subsanar la situación generada. Es de precisar que ello no implica que se esté frente a una inaplicación de los alcances de una norma de rango legal, sobre la base de un decreto supremo. Se trata más bien de la propia interpretación del decreto legislativa de conformidad con la Constitución. Así, lo relacionado con la delimitación del territorio de los pueblos indígenas es ordenado legalmente por las normas específicas sobre la materia. En tal sentido, este Tribunal considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.° 1089.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

2. **INTERPRETAR** el Decreto Legislativo N.° 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
LIMA
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA
DE DESARROLLO DE LA SELVA
(AIDESEP)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, y los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP) 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 declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de agosto de 2007, la Asociación recurrente interpone 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.

Manifiesta que, a pesar de que el citado Convenio fue suscrito por el Estado Peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 26253 –promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993–, el Ministerio de Energía y Minas no ha cumplido con adecuar su normatividad interna de acuerdo con el contenido de dicho tratado, particularmente en los temas relativos al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales. Asimismo, agrega que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, es decir, aplicables para toda la población nacional, y no especialmente para los pueblos indígenas.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 13 de agosto de 2007, declaró improcedente la demanda por estimar que, de la revisión de la misma, se desprende un conflicto de interpretación del sistema jurídico vigente, lo cual torna complejo el mandato cuyo cumplimiento se solicita.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 10 de abril de 2008, declaró nula la resolución apelada, por considerar que el juez *a quo* había incurrido en un error al rechazar en forma liminar la demanda interpuesta.

El Quincuagésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de noviembre de 2008, declaró improcedente la demanda por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido y requiere de la actuación de medios probatorios, agregando que existen otros procedimientos especiales, previstos en el propio Convenio, para cuestionar el cumplimiento del mismo por parte del Estado, los que a su entender constituyen vía procedimentales específicas igualmente satisfactorias.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de junio de 2009, confirmó la apelada, por estimar 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.

FUNDAMENTOS

§1. Objeto de la demanda y requisito especial.

1. Mediante la presente demanda de cumplimiento, la asociación recurrente pretende que el Ministerio de Energía y Minas 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.

2. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.Const., para la procedencia del proceso de cumplimiento se requiere que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. En ese sentido, a fojas 39 de autos, consta el aludido requerimiento, de manera que la demanda de autos cumple con este requisito, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

§2. Sobre el proceso de cumplimiento: configuración constitucional, legal y jurisprudencial.

3. De acuerdo al artículo 200, inciso 6 de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Por su parte, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.) dispone que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

4. Al respecto, este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en la Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, en calidad de *precedente vinculante*, que por medio del proceso de cumplimiento se tutela el derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del mencionado proceso constitucional.

5. De otro lado, el citado precedente estableció también que, sea cual fuere el supuesto específico de incumplimiento invocado en la demanda, el actor deberá acreditar *no sólo* la renuencia de la autoridad involucrada sino que, además, deberán tomarse en cuenta las características mínimas comunes del mandato cuyo cumplimiento se solicita. Este Tribunal ha precisado que, para el caso del incumplimiento de normas legales, esos requisitos son los siguientes:

a) Ser un mandato vigente.

b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.

c) No debe estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.

d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.

e) Ser incondicional.

§3. Delimitación de la materia controvertida.

6. Según fluye de autos, lo que la asociación recurrente pretende a través del presente proceso de cumplimiento es que el Ministerio de Energía y Minas cumpla con adecuar sus «normas», «reglamentos» y «directivas» de conformidad con lo establecido en el Convenio Nº 169 de la OIT respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

7. En este contexto, la pretensión de la demandante está centrada en el cumplimiento, correcto y cabal, de determinadas disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, específicamente las referidas a los derechos de consulta, a la tierra y el territorio, y los recursos naturales, pero no en el marco genérico de *todas* las obligaciones o mandatos que se derivan de las disposiciones del Convenio que contienen estos derechos, sino en el ámbito más preciso de la obligación o mandato contenido en dichas disposiciones de que, a nivel interno, exista una *regulación normativa* que desarrolle las referidas disposiciones, de modo adecuado y acorde con las facultades jurídicas que las mencionadas disposiciones han reconocido a los pueblos indígenas.

De este modo, la pretensión se encuentra enderezada a ordenar al Ministerio de Energía y Minas a que cumpla con dicha obligación normativa, emitiendo las normas que fueran pertinentes para adecuar sus reglamentos y directivas a los mandatos que se derivan del Convenio N° 169 de la OIT, en temas de derecho a la consulta, tierras, territorios y recursos naturales.

Así, la *obligación de regulación normativa* cuyo cumplimiento se pretende a través del presente proceso, no se encuadra dentro del supuesto genérico de la ejecución de un mandato contenido en una ley o un acto administrativo firme, sino en el supuesto más concreto recogido en el artículo 66, inciso 2 del C.P.Const., según el cual es materia del proceso de cumplimiento «el pronunciamiento expreso respecto a la obligación de**emitir reglamentos** cuya exigencia se encuentre establecida en una ley»; deber este último que, dicho sea de paso, no se circunscribe a la mera «obligación de pronunciamiento», sino que comprende la obligación directa de ***emitir*** aquél reglamento cuya

exigencia se deriva de la ley que le sirve de fuente obligacional. Por lo demás, así lo ha entendido este Colegiado en anterior jurisprudencia, en la cual se ha señalado expresamente que:

> «El dispositivo antes mencionado [*Se pronuncie expresamente* cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento] admite dos interpretaciones: **a)** La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso sólo se limite a una justificación o explicación en torno de las razones por las que no ha sido emitida la resolución o reglamento respectivo; y **b)** La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso equivalga a la emisión necesaria y definitiva de la resolución administrativa o reglamento indebidamente omitidos.»
>
> Considera este Colegiado que, aunque una lectura estrictamente literal del Código Procesal Constitucional permitiría convalidar las dos interpretaciones antes mencionadas, la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas. Si lo que la ley ordena no es cumplido y si, frente al incumplimiento de un mandato, procede el proceso de cumplimiento, la única conclusión lógica, a la par que razonable, apunta a fortalecer los objetivos del proceso antes que a desvirtuarlos, lo que *a contrario sensu* no sucedería si, acudiendo a la primera interpretación (que este Colegiado descarta), el pronunciamiento expreso sólo significara la convalidación o justificación de una inercia o ineficacia no permitida» (STC 02695-2006-PC/TC, FJ. 15-16).

§4. La posibilidad de examinar la pretensión de la demandante a través del presente proceso de cumplimiento.

4.1. Jerarquía normativa del Convenio Nº 169 de la OIT.

8. No obstante ello, es preciso advertir que la asociación recurrente entiende que la obligación de la entidad demandada consistente en emitir «reglamentos» o «directivas» en el presente caso, no se deriva de alguna ley o norma de rango legal que lo disponga así expresamente; sino que, en realidad, estima que la fuente directa de tal deber es el propio Convenio Nº 169, por ser éste un tratado internacional que ha sido debidamente ratificado por el Estado peruano.

9. Esta definición de la fuente normativa donde se encuentra inserto el deber de emisión o adecuación de los reglamentos del Ministerio de Energía y Minas trae aparejado, sin embargo, un problema de orden procesal. Y es que, de acuerdo a la configuración constitucional y legal del proceso de cumplimiento, éste se haya arbitrado para ordenar el cumplimiento de normas legales o actos administrativos, mas no de normas de rango constitucional, como es el caso del Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de *resistir* infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de *innovar*nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).

4.2. La figura de la inconstitucionalidad por omisión y la posibilidad de su control por el juez constitucional.

10. No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al*derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, si según el artículo 66, inciso 2 del C.P.Const., el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un *tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable* que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas.

11. Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la **»inconstitucionalidad por omisión»**, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la **»acción de inconstitucionalidad por omisión»**. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

12. El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas*obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo*constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

13. Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos «el control de la **regularidad del sistema jurídico** en su integridad constituye un**principio constitucional básico** en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean **eficaces**» (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).

14. Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye como es obvio la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el *derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos*, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual »***El poder del Estado emana del pueblo***. ***Quienes lo ejercen lo hacen conlas*** *limitaciones y* ***responsabilidades que la Constitución*** *y las leyes* ***establecen***». En efecto, este Tribunal ha sostenido que: «Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, **el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos**» (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).

Sin embargo, en el entendido de que no puede protegerse adecuadamente un derecho fundamental o un principio constitucional sin la garantía del mecanismo procesal adecuado para su exigibilidad, el constituyente arbitró la incorporación en la Constitución de 1993 del proceso de cumplimiento con el objeto de dar fiel cumplimiento a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos. Así, lo ha enfatizado este Colegiado: «Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento» (STC 0168-2005-PC/TC, FJ 9).

15. Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un **principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales**. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *primafacie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un *Estado Social de Derecho*, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de *derechos sociales*, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

> «[El] dogma en la literatura y en la jurisprudencia de que el ciudadano no tiene derecho a exigir la emanación de normas jurídicas [...] es objeto de erosión por los esquemas regulativos del Estado Social y por las varias dimensiones de la vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales [como son] la actualidad, la positividad y la normatividad» [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, p. 220].

16. Ahora bien, la fundamentación de una *obligación constitucional* de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la NormaFundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de **»fraude a la Constitución»** o **»Constituciones nominales»**, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

17. La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de *órgano ejecutor* de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de *configuración* de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta *discrecionalidad* en el *momento* en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como «conquistas frente a la mayoría» o como «límites al poder político» exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra

autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el *deber constitucional* de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales.

18. En síntesis, como ha sido puesto de manifiesto por este Colegiado, el control de las omisiones legislativas inconstitucionales se sustenta en las siguientes razones de orden constitucional:

> «a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza «social» del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las «obligaciones constitucionales», en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales» [STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 41].

19. En este marco situacional, este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial.

20. Es por ello que pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la «acción de inconstitucionalidad por omisión», los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

21. Del mismo modo, la judicatura constitucional no sólo se ha enfrentado a la situación anterior de *inconstitucionalidad por omisión absoluta*, esto es, cuando el órgano de producción normativa no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado, sino que también ha encarado el problema de las *inconstitucionalidad por omisión relativa*, que se producen cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad, a través de la figura de la *arbitraria exclusión de beneficios*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha intervenido en el control constitucional de las omisiones normativas relativas, sobre todo a partir de la técnica de las *sentencias manipulativas*: 1) suprimiendo de un precepto de la Ley de la Seguridad Social la referencia de viuda, pues, a su juicio, sólo así se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre); 2) considerando nulo el inciso de un precepto del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de la vejez e Invalidez (SOVI), en cuanto excluye a los viudos de la posibilidad de acceso a las prestaciones del SOVI (STC 142/1990, de 20 de septiembre); 3) decidiendo la nulidad de una previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido (STC 222/1992, de 11 de diciembre), y 4) declarando la nulidad de una disposición de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto excluye a hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o invalidez de una pensión o subsidio por muerte del pensionista cuyo subsidio permitía cubrir las necesidades propias y las de sus familiares o asimilados, atribuyendo la pensión solamente a hijas y hermanas (STC 3/1993, de 14 de enero) [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

22. En nuestro país, el Tribunal Constitucional también ha mostrado su postura favorable a la figura de la inconstitucionalidad por omisión, en el *Caso de la hoja de coca*, donde explícita y enfáticamente ha sostenido que:

> «Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas […], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.
>
> Ello muestra que la tesis de la división de poderes en el marco del actual desarrollo del Estado Constitucional, se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción

> legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales.
>
> En este esquema metodológico, […] el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es «constitucionalmente necesario» y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es «solo constitucionalmente posible» se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está *constitucionalmente prohibido*, así como para exigir aquello que resulta «*constitucionalmente necesario*».
>
> Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no sería posible de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales» (STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 37-41].

4.3. Adecuación del presente proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión normativa planteada.

23. Determinada entonces la obligación de cumplir los mandatos constitucionales, específicamente de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan, y establecida también la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, queda preguntarse si el proceso de cumplimiento es el mecanismo procesal *adecuado* para examinar la comisión de una omisión normativa inconstitucional. En este punto, este Tribunal debe reconocer que no le corresponde dentro de las competencias que la Constitución le ha encomendado regular con carácter general la habilitación de procesos o procedimientos para hacer frente a determinadas situaciones jurídicas de la realidad. Ello obviamente es tarea del constituyente o, en su caso, del legislador democrático. Deberá ser éste, en todo caso, quien enmiende, a través de una reforma constitucional por ejemplo, la incoherencia normativa que aquí se ha señalado. Sin embargo, también es cierto que es *deber* de todo juez *impartir justicia en el caso concreto*, aún en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta, tal y como lo ordena la propia Constitución en su artículo 139, inciso 8.

    En dicho contexto, este Colegiado considera que detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución. Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la

primera que no ha previsto el control de las omisiones normativas inconstitucionales a través del proceso de cumplimiento y la segunda que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley) este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa de la Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales. Ello se desprende no sólo del *principio de unidad de la Constitución* al cual ha recurrido este Colegiado en constante jurisprudencia (STC 5854-2005-PA/TC, Caso Lizana Puelles, FJ. 37-39), sino del argumento mucho más fuerte, que se deriva del artículo 1 de la Constitución, según el cual el Estado y con él el sistema de administración de justicia, están al servicio de la persona humana y deben buscar como fin último la protección de su dignidad y no, en sentido contrario, convertirse en un obstáculo para la tutela de los derechos fundamentales.

Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no sólo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino tras dicha obligación, se encuentra la *garantía* de los derechos fundamentales de un grupo que goza de *especial protección constitucional* como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio Nº 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento. En este sentido, como este Tribunal ya lo ha reconocido, el proceso de cumplimiento en muchas ocasiones se proyecta no sólo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a aquello que se encuentra claramente ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar *indirectamente* tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competentes (STC 2002-2006-PA/TC, Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, FF.JJ. 16-33).

24. Finalmente, es preciso tener en cuenta que la vinculación de los tratados sobre derechos humanos y con ella la sujeción plena de los Estados al orden jurídico internacional supone no sólo el reconocimiento estatal de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales o el sometimiento a una jurisdicción supranacional, sino, en un plano más inmediato, la real y verdadera eficacia interna de los derechos reconocidos en el tratado internacional. En dicho contexto, este Tribunal entiende que si finalidad de un pacto sobre derechos humanos es la ampliación del ámbito vital de los derechos reconocidos a la persona o a ciertos grupos humanos, parece claro aceptar que la vocación intrínseca de estos derechos es su plena eficacia y justiciabilidad en el ámbito interno. Así lo ha reconocido, para lo que aquí interesa, el Convenio N° 169 de la OIT, que en su artículo 12 ha dispuesto: «Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos». Ello debe ser concordado a su vez con lo establecido en el artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que dispone: «Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y

aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos».

La necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice además con la necesidad de brindar la oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional. En este contexto, al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, este Tribunal no sólo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia. En efecto, como este Colegiado ya lo ha reconocido, la jurisprudencia constitucional no sólo cumple la función de concretizar los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que cumple una verdadera función preventiva de las sentencias condenatorias de la Corte IDH (STC 2730-2006-PA/TC, FJ. 13).

25. En mérito a estas consideraciones, este Tribunal concluye que el presente proceso de cumplimiento debe ser **adecuado** o **redimensionado** para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante. Ahora bien, en estricto la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de*omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional.

26. Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio Nº 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio Nº 169, deben ser consultadas.

27. Este argumento debe ser reforzado teniendo en cuenta que el propio Ministerio ha reconocido en su Informe N.º 008-2007-MEM/VMM/DGGS, su fecha 14 de mayo de 2007, obrante a fojas 43, lo siguiente:

> «el Ministerio de Energía y Minas, en el desarrollo de las actividades mineras y de hidrocarburos, se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para la protección del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan y para la plena implementación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados en forma previa, libre e informada, a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos

serían perjudicados y en qué medida, antes de autorizar actividades de exploración o explotación de recursos existentes en sus suelos» (subrayado agregado).

§5. Responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas en la omisión normativa inconstitucional.

28. Ahora bien, debe aclararse que dicho *deber de reglamentación* no puede ser entendido a la manera de un deber genérico o ilimitado que exija a la entidad demandada actuar más allá de lo que le permite la ley o la Constitución. Antes bien, este Colegiado entiende que tal exigencia debe encuadrarse necesariamente dentro del marco de las *competencias normativas sectoriales* que ostenta dicha entidad en nuestro ordenamiento jurídico.

29. A tal efecto, es necesario tener presente que el artículo 4º del Decreto Ley N.º 25962 – Ley Orgánica del Sector Energía y Minas, señala que dicho sector comprende «todo lo vinculado a los recursos energéticos y mineros del país, así como las actividades destinadas al aprovechamiento de tales recursos». De igual forma, el artículo 2º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N.º 031-2007-EM, señala que la finalidad de dicho Ministerio es «promover el desarrollo integral y sostenible de las actividades minero-energéticas normando y/o supervisando, según sea el caso, el cumplimiento de las políticas de alcance nacional». Por último, el artículo 4º de dicho Reglamento establece que son funciones del Ministerio, entre otras, las siguientes:

> «**a.** Promover la inversión en el Sector;
> (…)
> **c.** Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia;
> (…)
> **h.** Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, para el desarrollo de las actividades minero – energéticas de conformidad con la legislación sobre la materia;
> (…)
> **l.** Promover el fortalecimiento de las relaciones armoniosas de las empresas del Sector Energía y Minas con la sociedad civil o población involucrada con el desarrollo de sus actividades (…)».

30. Sin embargo, y con el mismo criterio, habrá que concluir que el *deber de reglamentación* de la entidad demandada no alcanza ni podría alcanzar a materias tales como el **derecho a la tierra y al territorio,** o el**derecho al medio ambiente y a los recursos naturales**, habida cuenta de que tales asuntos no competen ni directa ni exclusivamente al Sector Energía y Minas, razón por la cual en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente.

31. En suma, y estando a las consideraciones expuestas, el análisis que este Tribunal efectuará en lo sucesivo se limitará a verificar el *deber de reglamentación* que corresponde satisfacer al Ministerio de Energía y Minas, en relación al derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 6º, inciso 2 del Convenio Nº 169.

§6. Los supuestos que configuran la omisión normativa inconstitucional en el presente caso.

32. Antes de entrar a analizar si es que efectivamente en el presente caso se ha producido la omisión del deber normativo del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el Convenio Nº 169 de la OIT en el ámbito referido al derecho a la consulta, este Colegiado debe proceder a definir primero los supuestos en los cuales se presenta la omisión normativa inconstitucional aquí desarrollada y verificar si dichas supuestos se han cumplido en el caso de autos.

a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa.

33. Este primer requisito de configuración de la inconstitucionalidad por omisión normativa hace referencia a la obligación constitucional de regulación, esto es, a la exigencia que se deriva *directamente* de la Constituciónde emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional. Como ya se ha señalado en esta sentencia, dicha obligación se enmarca no en el campo abierto de lo *constitucionalmente posible*, es decir de aquella decisión que corresponde al legislador adoptar, y que puede tomar cuando exista una multiplicidad de medios para hacer efectiva una disposición constitucional, o cuando las disposiciones no requieran desarrollo legislativo para ser directamente aplicables (derechos civiles y políticos de eficacia directa); sino que se encuentra dentro del marco más específico de lo *constitucionalmente necesario*, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. En esta categoría pueden ubicarse aquellos mandatos constitucionales que establecen «encargos directos de legislar», o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos, como sucede por ejemplo en el supuesto de las normas que contienen derechos sociales prestacionales y que comúnmente se conocen como cláusulas programáticas. Sin embargo, como ha quedado claro en la doctrina, la sola referencia a la necesidad de legislar para hacer efectivo un mandato constitucional no es suficiente para producirse la inconstitucionalidad por omisión, sino que es imprescindible que dicha necesidad esté referida a un *ámbito específico* claramente identificable. Así por ejemplo, las normas que adscriben fines de política en general, como puede ser «el logro del bienestar social» no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar, por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

34. En el presente caso, es necesario verificar, si sobre la entidad demandada recae la obligación directa (y no discrecional) de emitir la normativa correspondiente para dar eficacia a los derechos reconocidos en el Convenio Nº 169. Al respecto, cabe señalar que, si bien el Convenio Nº 169 establece que los gobiernos deberán tomar medidas que aseguren a los miembros de los pueblos interesados «gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población» (artículo 2, numeral 2, inciso a), es necesario reconocer que dicho tratado internacional no contiene una norma explícita que obligue a las entidades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél.

35. No obstante ello, este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar *medidas de derecho interno* para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a

nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos. Es por esta razón que, en la doctrina, se ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados ordinarios, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, habida cuenta de que en dichos tratados existe un predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Parte Contratantes. En mérito a ello, se considera que los tratados de derechos humanos requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos, dado el referido carácter esencialmente objetivo de las obligaciones que ellos imponen a los Estados Partes (CANÇADO TRINDADE, Antonio: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI,* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 22-23).

36. En dicho contexto, es necesario advertir la existencia de importantes instrumentos internacionales, algunos vinculantes y otros ilustrativos, de cuya interpretación se puede colegir que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Esos instrumentos son los siguientes:

Ø **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El artículo 38º de esta declaración señala expresamente:

> «[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas las medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración».

Ø **Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP)**, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 2 de este Pacto señala:

> «[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

Ø **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. El artículo 2, inciso 1 de este tratado señala:

> «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios

apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

Ø **Observación General N.º 03 del Comité DESC**, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada por dicho órgano en su Quinto Período de Sesiones (1990).- En esta Observación, el Comité DESC interpreta que si bien el PIDESC contempla la realización «paulatina» de los derechos sociales y culturales, ello no enerva la existencia de *obligaciones de efecto inmediato,* entre las cuales se encuentra aquella de «adoptar medidas» dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. En este punto, el Comité destaca que «en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos casos pueden ser incluso indispensables».

Ø **Observación General N.º 09 del Comité DESC**, sobre la aplicación interna del Pacto, adoptada por dicho órgano en su Décimo Noveno Período de Sesiones (1998).- En esta Observación, el Comité interpreta que los Estados Partes tienen el deber de dar efectividad a los derechos reconocidos en el PIDESC. Es particularmente esclarecedor el considerando Nº 5 de este documento, en el cual se señala:

> «[e]l Pacto no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional. Además, no existe ninguna disposición que obligue a su incorporación general a la legislación nacional o que se le conceda un valor jurídico determinado en ella. Si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte».

Asimismo, en el considerando N.º 8 de esta Observación, se indica lo siguiente:

> «(…) aunque el Pacto no obligue formalmente a los Estados a incorporar sus disposiciones a la legislación interna, esta solución es aconsejable. La incorporación directa evita los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado para incluirlas en la legislación nacional, y permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales. Por estas razones, el Comité recomienda firmemente la adopción formal del Pacto o su incorporación a la legislación nacional».

Ø **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),** adoptada el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado Peruano el 12 de julio de 1978.- El artículo 2º de este tratado señala:

> «Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas

> o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Ø **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, «Protocolo de San Salvador» (PSS), adoptado el 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Estado Peruano el 17 de mayo de 1995.- En sentido similar al establecido en la CADH, en el artículo 2 de este Protocolo se señala:

> «Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos».

37. A la luz de estas disposiciones, se advierte que el Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

38. Con todo, este Tribunal desea aclarar, en primer lugar, que cuando los citados instrumentos internacionales señalan que el obligado a adoptar tales medidas es «el Estado», debe entenderse que tal deber alcanza a todos los poderes públicos que forman dicha entidad, habida cuenta que los tratados de derechos humanos vinculan a todos ellos por igual. Siendo ello así, resulta obvio que la entidad demandada en el presente caso, también se encuentra obligada a cumplir dicha obligación, dentro del marco de sus competencias.

39. Por otro lado, debe advertirse también que el carácter *»necesario»* o *»indispensable»* que, según los citados instrumentos, revisten algunas medidas legislativas para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en los pactos internacionales, se encuentra plenamente configurado en el presente caso, y ello no sólo desde la consideración abstracta de la necesidad interna de *regular* »los procedimiento apropiados para consultar a los pueblos indígenas», sino desde la atención más concreta al permanente escenario de conflicto social originado entre otras cosas, como ya se expresó, por la falta de implementación del procedimiento adecuado para establecer el diálogo institucional con los pueblos indígenas en nuestro país. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el reciente Reporte de Conflictos Sociales N.º 75, elaborado por la Defensoría del Pueblo, actualizado al 31 de mayo del 2010, se señala que del total de 255 conflictos sociales existentes en nuestro país, 132 son casos de tipo socioambiental (es decir, el 51.8%), muchos de los cuales como es conocimiento público tienen entre sus protagonistas a pueblos indígenas. Tal situación demuestra, a criterio de este Tribunal, que la falta de regulación o inercia reglamentaria, sobre todo en el sector que compromete al Ministerio demandado, viene ocasionando un estado latente de inseguridad jurídica que pone en estado de desprotección no sólo a los derechos de los pueblos indígenas, sino que afecta negativamente la sostenibilidad y seguridad de las inversiones. En este contexto, es que debe concluirse que la obligación de regulación interna del procedimiento de consulta, se ubica dentro

de lo *constitucionalmente necesario* y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del Ministerio de Energía y Minas.

40. A mayor abundamiento, este Tribunal debe recordar que ha sido el propio Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en su escrito de contestación de fecha 19 de octubre de 2009 ingresado en el expediente N° 0022-2009-PI/TC, quien ha reconocido la «necesidad» de desarrollar normativamente el derecho de consulta recogido en el Convenio N° 169 de la OIT a efectos de poder invocar o exigir judicialmente su cumplimiento. Así, como un argumento para sostener la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, el Procurador sostuvo que éste no podía ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, puesto que no se había establecido por ley «cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta». Si bien este Colegiado respondió a dicho argumento sosteniendo que la falta de regulación normativa no era excusa para no aplicar el Convenio y que cabía en todo caso al juez determinar, de cara a las circunstancias del caso concreto, los contenidos del derecho a la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 11-13); resulta obvio para este Tribunal, de acuerdo a una *interpretación de buena fe* de los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional, que el propio Poder Ejecutivo asume como *inexcusable* el deber de regular el derecho a la consulta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio. En este contexto, no podría argüirse, sin renunciar a la más elemental racionalidad y coherencia, que el Estado no se encuentra obligado a realizar la consulta por carecer de ley de desarrollo para ello y que, sin embargo, no pesa sobre él la más imperiosa y urgente necesidad de llevar a cabo dicho desarrollo normativo.

Si bien parecería que el Ejecutivo asume que dicha regulación debería venir desde el órgano inicialmente designado para ello como es el Parlamento; como también ya hemos puesto de relieve en el fundamento 27 de la presente sentencia, el propio Ministerio de Energía y Minas ha internalizado como su deber el hecho de desarrollar reglamentariamente el derecho a la consulta, por lo que en este punto sólo cabe concluir que el deber de desarrollo normativo, específicamente de reglamentación del derecho a la consulta no sólo viene exigido por el Convenio, sino que el propio Estado peruano, específicamente el Ministerio demandado, lo ha reconocido así.

Además, si bien puede resultar necesaria una definición legal de los aspectos de la consulta resaltados por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Ejecutivo, en especial los atinentes a los beneficiarios, los temas materia de consulta y el procedimiento, dichos aspectos ya han sido desarrollados en la jurisprudencia de este Colegiado, por lo que el Ministerio demandado cuenta con los elementos mínimos para llevar adelante la reglamentación exigida (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 19-41).

41. Establecida, por tanto, la obligación de la entidad demandada de reglamentar el derecho a la consulta en los términos previstos en el Convenio Nº 169, resta finalmente precisar si el contenido de esta obligación es lo suficientemente claro y concreto en torno a la acción que la entidad demandada debe desplegar para dar cumplimiento a dicho deber, o si por el contrario tal deber es incierto o genérico. A consideración de este Tribunal, dicho aspecto no presenta mayor problema, pues resulta obvio que la acción demandada no es otra que la *emisión* del correspondiente reglamento que especifique concretamente los *principios* y el*procedimiento* aplicable al derecho a la consulta previa, respetando los contenidos mínimos que establece el Convenio Nº 169 de la OIT. Ello resulta

aún más claro desde que el propio Convenio ha *especificado*como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta aquel donde los pueblos indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras, ámbito de actuación que se encuentra bajo la competencia funcional del Ministerio de Energía y Minas demandado. Así, el artículo 15 del Convenio N° 169 ha establecido: «En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras» (subrayado agregado).

b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable.

42. Este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Ahora, en el caso en que la propia Constitución establezca un plazo para emitir la norma de desarrollo constitucional correspondiente se entenderá que la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse llevado a cabo la emisión de la norma correspondiente. Este criterio, sin embargo, puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Por el contrario, cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta como este Colegiado ya lo ha precisado, la apreciación de la doctrina del *plazo razonable* (STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 45). Para la apreciación de dicho plazo razonable puede aplicarse además, en lo que fuera pertinente, la doctrina establecida en la STC 1680-2009-PHC/TC, caso Antauro Humala Tasso, FF.JJ. 5-9, y la STC 7624-2005-PHC/TC, Caso Hernán Buitrón Rodríguez, FF.JJ. 6-19. En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional.

43. En el presente caso, como ya lo puso en evidencia este Colegiado en el caso Tuanama (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 11), han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que este Tribunal considera como suficiente para que se haya desarrollado, en este caso desde el Ministerio de Energía y Minas, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país.

c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

44. Por último, para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concretice en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo.

45. En el caso de autos, este Tribunal considera que la ausencia de una apropiada *interpositio legislatoris* en el tema del derecho a la consulta previa e informada, ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recodar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos. Así, de acuerdo al Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua *»AjumaishJunikchamu Ati»* (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009, el reclamo por el derecho a la consulta estuvo presente en los siguientes hechos:

- El 26 de junio de 2008 se publica el D. Leg. 1073, que modifica el literal B del artículo décimo, especificando sobre el número de miembros necesarios para la toma de decisiones de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras. La Defensoría considera que la modificación no resuelve el problema de inconstitucionalidad de las normas pues modifica el régimen de disposición de tierras de las comunidades sin haberles **consultado**. De esta manera se ha contravenido el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.
- El 28 de junio de 2008 se promulga el D. Leg. 1090 o «Ley de la Selva». En la cita norma las concesiones son otorgadas a los empresarios por plazos renovables de 40 años, sin embargo, en ninguna parte se señala que éstas estén circunscritas a determinadas zonas de manejo de superficie forestal. No se considera la **consulta** a los pueblos indígenas que viven en la zona concesionada. En el artículo 10 correspondiente a permisos y autorizaciones, no se señala la **consulta** que debe realizarse a los pueblos indígenas.
- El 19 de febrero de 2009 la OIT hace una observación al Gobierno peruano donde insta, entre otras cosas, a cumplir el Convenio 169 **consultando** a los pueblos indígenas sobre su territorio tal y como lo refieren los artículos 6 y 17 del Convenio 169.
- El 26 de febrero de 2009 en Pucallpa se organiza una marcha de AIDESEP y madereros pidiendo la derogación del Decreto 1090 por falta de **consulta**.
- El 23 de marzo de 2009 el Presidente de la República suscribe el Decreto Supremo de la Creación de la Mesa de Diálogo, integrado por CONAP y otras instituciones indígenas. Se formaliza la Mesa de Diálogo del Ejecutivo con CONAP. La Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP),la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), la Coordinadora

Nacional de Derechos Humanos, la Asociación Paz y Esperanza, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), CARE PERÚ, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui, Instituto del Bien Común (IBC), Oxfam América, Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), solicitaron al Estado peruano «promulgar, en consulta con los pueblos indígenas, una **ley marco de participación y consulta clara y acorde a las normas internacionales**; y una ley marco de pueblos indígenas en donde se incorpore la definición de pueblos indígenas dada por la mesa multisectorial».

- El 21 de abril de 2009 se calcula en Atalaya unos 2000 indígenas piro-yine y ashaninkas, que marchan pidiendo la derogación de los decretos y el **derecho a la consulta** del Convenio 169. La población civil está atemorizada, la policía no puede evitar la movilización.
- El 5 de mayo de 2009 los Obispos de la Amazonía; vale decir los Obispos de Yurimaguas, San José de Amazonas, Jaén, San Ramón, Pucallpa, Puerto Maldonado, Iquitos y Requena emiten un pronunciamiento a favor de la derogatoria de los decretos y declaran el **derecho a la consulta** de las poblaciones indígenas.

46. La relación de estos hechos suscitados durante el Conflicto de Bagua da cuenta pues no sólo de la protesta de los pueblos indígenas contra la aprobación de determinadas medidas legislativas implementadas sin la consulta previa e informada exigida por el Convenio 169; sino de la exigencia misma, de parte de estas comunidades, de que se implemente legislativamente lo dispuesto por el Convenio 169 en relación a la consulta, esto es, la exigencia de que se respete un derecho fundamental reconocido a los pueblos indígenas en un tratado internacional. No era pues un reclamo sólo en cuanto a la *legitimidad formal* de las medidas legislativas dispuestas por el Poder Ejecutivo, sino en cuanto a la *legitimidad material* de la actuación general del Estado que no generaba los cauces institucionales exigidos por el Convenio para escuchar el parecer y la voz de las comunidades indígenas. Esta ausencia de desarrollo normativo del mecanismo de la consulta ocasionó pues, en los hechos, el desconocimiento e ineficacia absoluta de este derecho, produciéndose el *resultado inconstitucional* aquí aludido.

47. Este Colegiado debe invocar aquí la alta responsabilidad de las instituciones del Estado involucradas en los hechos ocurridos durante el 04 y 05 de junio del pasado año en la localidad de Bagua, y recordar que no puede admitirse nuevamente bajo contexto alguno que un conflicto social de esta dimensión escale al punto de violencia al que llegó, por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional, que no requería de grandes esfuerzos para el Estado, ni tan siquiera de la habilitación de grandes recursos económicos para su plena operativización. No pueden olvidar las autoridades estatales que sus decisiones, en el marco del Estado Constitucional, sólo se legitiman en la medida que respeten el ámbito de garantías ius-fundamentales que la Constitución ha establecido o que se han reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos, como en el caso de autos.

48. A este respecto, finalmente este Colegiado debe recordar el reciente Reporte de Conflictos Sociales, antes aludido, en el cual se da cuenta de la existencia de varios conflictos socio-ambientales que tienen entre sus protagonistas a varios pueblos indígenas y que requieren, por lo mismo, de la pronta actuación normativa e institucional de la entidad demandada, en lo relativo a la implementación del derecho a la consulta:

- Caso Distrito de Santa María de Nieva, Provincia de Condorcanqui, Amazonas: la Coordinadora de los Pueblos Amazónicos y algunas comunidades de Santa María de Nieva se oponen al contrato de concesión 116 de la empresa Maurel Et Prom Perú SAC (antes otorgado a empresa Hocol Perú) por temor a una posible contaminación y por no haberse realizado consulta previa. Otras organizaciones indígenas por el contrario aceptan la presencia de la empresa.
- Caso Distritos Río Tambo, Pangoa, Mazamari, Provincia de Satipo, Junín: la Central Asháninka de Río Ene (CARE) denuncia que la concesión para el proyecto de la Central Hidroeléctrica Paquitzapango no ha sido consultada a las comunidades ashaninkas a pesar que serían directamente afectadas.
- Caso Cuencas de los ríos Napo y Putumayo, distrito de Putumayo, Provincia de Maynas, Loreto: la Central Asháninka de Río Ene (CARE) denuncia que la concesión para el proyecto de la Central Hidroeléctrica Paquitzapango no ha sido consultada a las comunidades ashaninkas a pesar que serían directamente afectadas.
- Caso Comunidad nativa Matsés, distrito Yaquerana, Provincia de Requena, Loreto: los pobladores de la comunidad Nativa Matsés y sus 14 anexos, ubicadas entre las cuencas de los ríos Yaquerana y José Gálvez, rechazan la exploración de hidrocarburos en los lotes petroleros 135, 137, 142 y 152 situados en su territorio, pues afirman no haber sido consultados.
- Caso Cuencas de los ríos Napo y Putumayo, distrito de Putumayo, Provincia de Maynas, Loreto: federaciones indígenas Secoya (Airo Pai) y Kichwa del Alto Putumayo, ubicadas en la frontera con Ecuador y Colombia se oponen al ingreso de Petrobrás, que busca explotar yacimientos petroleros en el lote 117. Señalan que no han sido consultados antes de la concesión del lote y que éste se superpone a la Zona Reservada Güeppí y a las Reservas de Napo Tigre y Napo Curaray en proceso de creación.
- Caso Provincias de Moho, San Antonio de Putina, Azángaro, Chucuito, Yunguyo, el Collao y Puto, departamento de Puno: los pobladores de estas provincias solicitan la nulidad de las contrataciones de los Lotes 155 y 156 (Concesión de la Hidroeléctrica de Inambari) porque afectaría el medio ambiente y podrían contaminar el Lago Titicaca, señalan también que se afectarían sus actividades agropecuarias y que no se están contemplando beneficios para las comunidades afectadas.
- Caso Provincias del Manu, Tambopata, Paucartambo y Quispicanchi (Reserva Comunal Amarakaeri), Cusco – Madre de Dios: comunidades nativas que viven alrededor de la Reserva Comunal Amarakaeri, beneficiarias del Ejecutor del Contrato de Administración (ECA), rechazan el ingreso de la empresa Hunt Oil Company (Lote 76) a sus territorios ancestrales por no haberse respetado su derecho de consulta, señalan también que se estaría poniendo en riesgo la Reserva.

§7. Análisis del deber de reglamentación del Ministerio de Energía y Minas en relación al derecho a la consulta

49. Luego de haber establecido en el punto anterior la existencia, en el presente caso, de los supuestos que dan cuenta de la omisión normativa inconstitucional, toca como último punto de examen analizar si efectivamente el Ministerio de Energía y Minas ha cumplido su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas contenido en el Convenio N° 169 de la OIT y ello,

porque conforme veremos en este acápite, el Ministerio ha alegado el cumplimiento de este deber a través de la emisión de una serie de normas destinadas a efectivizar lo dispuesto por el tratado internacional.

50. En primer lugar, se advierte que, en su escrito de contestación a la demanda, de fecha 17 de septiembre de 2008 (obrante a fojas 364), el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas ha invocado una serie de normas infra-legales que han sido emitidas por dicho sector, lo que a su criterio demostraría que la entidad demandada ha implementado satisfactoriamente el derecho a la consulta reconocido en el Convenio Nº 169, en las materias propias de su competencia. Tales normas son las siguientes:

- Ø En el sub-sector minería:
  - § **Decreto Supremo N.º 020-2008-EM**, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Actividades Mineras (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01 de abril de 2008)
  - § **Decreto Supremo N.º 071-2006-EM**, que crea el Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de diciembre de 2006; modificado por Decreto Supremo N.º 033-2007-EM)
- Ø En el sub-sector hidrocarburos:
  - § **Decreto Supremo N.º 012-2008-EM**, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de febrero de 2008)
  - § **Decreto Supremo N.º 015-2006-EM**, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 03 de marzo de 2006)

51. Por su parte, en su escrito de fecha 31 de octubre de 2009 (obrante a fojas 520), la Asociación recurrente manifiesta que las normas invocadas por la parte demandada no logran satisfacer el mandato contenido en el Convenio Nº 169 en relación al derecho a la consulta, y en ese sentido expresa lo siguiente:

> «(…) la demandada pretende presentar varias normas de naturaleza general, es decir aplicable para toda la población en conjunto y no de manera especial a los pueblos indígenas lo cual contraviene el artículo 4º de dicha norma internacional que prevé que las medidas que los gobiernos deben adoptar en relación a los pueblos indígenas deben ser especiales y no contrarias a la voluntad de estos pueblos (…) dichas normas no contemplan la consulta previa a que hace referencia el convenio 169 de la OIT cuya aplicación se exige se cumpla con la presente demanda sino que aparte de tratarse de normas generales y no especiales para pueblos indígenas, están referidas a informaciones – comunicaciones que se brindan a la población, lo cual dista de lo que es una consulta».

52. Llegados a este punto, este Tribunal considera que en el presente caso no se ha configurado un supuesto de *incumplimiento total* del deber de reglamentación por parte del Ministerio de Energía y Minas, pues como ha quedado acreditado en autos, dicha entidad ha emitido alguna

normativa infralegal con el fin de implementar el derecho a la consulta en las materias propias de su sector.

53. Sin embargo, es igualmente cierto que el *deber de reglamentación* no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio Nº 169. De esta manera, la entidad demandada no habría incurrido en un supuesto de incumplimiento total, pero sí en un supuesto *incumplimiento parcial* o de reglamentación insuficiente o defectuosa, lo cual debe ser igualmente corregido. Y es que como la doctrina constitucional ha reconocido, la comisión de la omisión normativa inconstitucional no sólo puede ser de carácter *total*, cuando no se ha llevado a cabo ningún desarrollo normativo que cumpla el mandato constitucional, sino que también puede presentarse una omisión normativa inconstitucional *parcial*, cuando aún existiendo una normativa, ésta no ha llegado a *completar* aquello que está ordenado por la Constitución, supuesto en el cual es irrelevante si dicho incumplimiento parcial se ha producido por una errónea interpretación de la norma constitucional, una deficiente valoración de las circunstancias de hecho, la exclusión arbitraria de un grupo que debió estar incluido en la regulación o la expresa decisión de la autoridad de no completar el mandato impuesto por la Carta Fundamental [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

54. En ese sentido, este Tribunal considera relevante verificar si los reglamentos emitidos por la entidad demandada en el marco de sus competencias satisfacen o no el contenido del derecho a la consulta consagrado en el Convenio Nº 169. Para ello, será necesario establecer en primer lugar cuáles son los principios y reglas que el citado Convenio establece en esta materia, así como también la interpretación que al respecto ha realizadola Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo, lugar, se comparará estos principios o contenidos mínimos con la normativa infralegal emitida por la entidad demandada y así, por último, se establecerá si ésta se condice con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.

a) El derecho a la consulta previa e informada, a partir de lo establecido en el Convenio Nº 169 de la OIT y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

55. El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, se encuentra regulado genéricamente en el artículo 6º, incisos 1 y 2, del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan de forma expresa lo siguiente

> «Artículo 6
> 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
> a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
> (…)
> 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».

56. De otro lado, el artículo 15º del citado Convenio, para los fines de la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas que aquí interesa, regula, en su inciso 2, una aplicación específica del derecho a la consulta tratándose de proyectos de prospección y explotación de recursos naturales que pudieran perjudicar a los pueblos indígenas. Dicho artículo se expresa en los siguientes términos:

> «Artículo 15
> (…)
> 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

57. Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo.

58. Sin embargo, tal como lo señala el propio Convenio, para que dichas finalidades puedan plasmarse en la realidad se requiere que el procedimiento mismo de la consulta satisfaga algunos presupuestos básicos que permitan configurarlo como un verdadero proceso dialógico orientado hacia la gestación de acuerdos bienintencionados entre las partes. En ese sentido, resulta imperioso que la consulta se encuentre precedida por una etapa de información y diálogo, la cual debe estar presidida por principios tales como la buena fe o la transparencia, de modo tal que se creen las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural.

59. Sobre este aspecto, resulta particularmente esclarecedora la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* ha resumido el contenido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

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

> Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones» **[Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, del 28 de noviembre de 2007, considerando 133].**

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes:

a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27)**

b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera «apropiada a las circunstancias», razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31)**

c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33)**

d) La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35)**

e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir cierta excepciones a la luz de los hechos concretos **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36)**

f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37)**

g) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

- ü En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida
- ü En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- ü En tercero lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.
- ü En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.
- ü De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado **(STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41).**

b) La normativa infralegal emitida por el Ministerio de Energía y Minas que implementa el derecho a la consulta de los pueblos indígenas: estado de la cuestión.

61. Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en los párrafos precedentes, toca ahora examinar la normativa que hasta este momento ha emitido el Ministerio de Energía y Minas para dar cumplimiento al derecho a la consulta previsto en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169. A tal efecto, se tomará en cuenta las normas que han sido alegadas por la entidad demanda (tanto en su contestación a la demanda como en los informes legales presentados), así como también aquellas otras normas que se han emitido posteriormente. Resumimos dicho tratamiento normativo en el siguiente cuadro:

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA(arts. 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT)

Norma interna	Descripción
Decreto Supremo N.º 042-2003-EM, que modifica el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N.º 018-92-EM (12 de diciembre de 2003)	· Establece el llamado «Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario», mediante el cual éste se compromete, entre otras cosas, a «*2) actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población en el área de influencia de la operación minera*».
Resolución Ministerial N.º 535-2004-MEM/DM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales (30 de diciembre de 2004) (*) (*) Derogada por el Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, en lo correspondiente al subsector hidrocarburos	· n su artículo 4º, regula los llamados «talleres informativos», que son convocados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas (DGAAE), en coordinación con el responsable del proyecto y la Autoridad Regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto.· La organización de los talleres está a cargo del Estado y del responsable del proyecto, y se llevan a cabo en las siguientes etapas: - Antes de la elaboración de los estudios ambientales.- Se señala que los talleres informativos se realizarán en las zonas de influencia más próximas del proyecto. El Estado podrá convocar y realizar los talleres dirigidos a la ciudadanía, informando acerca de sus derechos y deberes, normatividad ambiental y las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos. El responsable del proyecto explica a las autoridades los componentes del estudio ambiental, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos. - Durante la elaboración de los estudios ambientales.- Se señala que el responsable del proyecto, conjuntamente con el Estado a través de la DGAAE y la respectiva Dirección Regional de Energía y Minas (DREM), difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental,

	recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. - Presentado los estudios ambientales al Ministerio de Energía y Minas. - En este punto, se señala que el responsable del proyecto, a pedido de la DGAAE, realizará talleres informativos, con el objeto de difundir los alcances del estudio ambiental a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, dentro del proceso de participación ciudadana y transparencia.· Asimismo, se señala que la DGAAE, en coordinación con la DREM respectiva, determinará el número de talleres, en función de la envergadura del proyecto energético y de su incidencia territorial. Los talleres podrán estar a cargo de la Autoridad Regional, de la DGAAE o responsable del proyecto, así como por la entidad que elaboró el estudio ambiental. · Finalmente, en sus artículos 5º y siguientes, se señala que una vez ingresado el estudio ambiental al Ministerio de Energía y Minas, la autoridad competente establecerá el lugar, día y hora para su sustentación en la Audiencia Pública correspondiente. La Audiencia Pública consiste en un acto público a cargo de la DGAAE o la DREM, en la cual se realiza la presentación del estudio ambiental a la ciudadanía, registrándose la participación de la sociedad en su conjunto
Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (02 de marzo de 2006)	· En su Segunda Disposición Final, indica que «compete a PERUPETRO informar a la población de las áreas en las cuales se esté negociando la suscripción de un contrato de exploración y/o explotación, sobre las acciones que viene realizando al respecto. Así como una vez firmado el contrato, PERUPETRO deberá informar dicho hecho y presentar oficialmente a la otra parte contratante, con la finalidad de no transgredir el derecho de la población de ser informada; para lo cual establecerá sus procedimientos respectivos».

Decreto Supremo N.º 012-2008-EM,que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos (20 de febrero de 2008)	· En el artículo II, numeral 2.1, de su Título Preliminar, se señala que la consulta es una forma de participación ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución.· Asimismo, en el numeral 2.2. del mismo artículo, se señala que dicho proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto.· Asimismo, el artículo VI señala que la participación se realizará en tres oportunidades:- Participación derivada de la negociación o concurso de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos (a cargo de PERUPETRO S.A.)- Participación durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales (a cargo de los titulares del proyecto, con o sin participación de la DGAAE)- Participación ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales, que se desarrollará durante todo el ciclo de vida del proyecto.
Decreto Supremo N.º 020-2008-EM,que aprueba el Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera (01 de abril de 2008)	· En su artículo 8º, señala que la participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales de las actividades de exploración minera se rige por lo dispuesto en la Resolución Ministerial N.º 596-2002-EM/DM(*), que aprobó el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, así como por sus normas modificatorias o sustitutorias, según sea el caso. (*) Derogada por el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, sin perjuicio de lo señalado en su Segunda Disposición Transitoria

Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el SubsectorMinero (27 de mayo de 2008)	· En su artículo 3º, se señala que la participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.· Por su parte, el artículo 4º señala que el derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio N.º 169 de la OIT, se ejerce y se implementa en el sub-sector minero a través de la participación ciudadana que se regula en este Reglamento, la cual se deberá efectuar de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad mineras, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida.· Dicho artículo señala también que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente Nº 28611, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia. Finalmente, destaca que la consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.· Finalmente, el Título II de este Reglamento se divide en los siguientes capítulos:- Capítulo 1: Participación ciudadana con posteridad al otorgamiento de la concesión minera- Capítulo 2: Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera- Capítulo 3: Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio- Capítulo 4: Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero- Capítulo 5: Participación ciudadana en la etapa de cierre de minas

Resolución Ministerial N.º 304-2008-MEM-DM, que aprueba las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (24 de junio de 2008)	· Según el artículo 1º, el objeto de esta Resolución Ministerial es desarrollar los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el Decreto Supremo N.º 028-2008-EM· Asimismo, en su artículo 2º, señala que son mecanismos de participación ciudadana los siguientes:- Acceso de la población a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales- Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos, radiales- Encuestas, Entrevistas o Grupos Focales- Distribución de materiales informativos- Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto- Interacción con la población involucrada a través de equipo de facilitadotes- Talleres participativos- Audiencia Pública- Presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente- Oficina de Información Permanente- Monitoreo y Vigilancia Ambiental Participativo- Uso de medios tradicionales- Mesas de Diálogo
Resolución Ministerial N.º 571-2008-MEM-DM, que aprueba los Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos (05 de diciembre de 2008)	· Según su artículo 1º, el objeto de esta Resolución Ministerial es establecer los lineamientos necesarios para la aplicación del Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, estableciendo los procedimientos y mecanismos de participación ciudadana que son aplicables durante el proceso de negociación y concurso de los contratos, durante la elaboración, evaluación de los Estudios Ambientales; y, durante el seguimiento y control de los aspectos ambientales de los Proyectos y Actividades de Hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 015-2006-EM.· Por su parte, establece los siguientes mecanismos de participación ciudadana:- Para las etapas de negociación o concurso y posterior suscripción de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburoso Evento Presencial- Para la elaboración y evaluación de los estudios ambientaleso Taller informativoo Audiencia Públicao Buzón de observaciones y sugerenciaso Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyectoo Equipo de promotoreso Oficina de Información y Participación Ciudadana

62. Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar «talleres informativos» con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º.

63. Por lo demás, debe advertirse que ninguna de las normas señaladas en el cuadro adjunto se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de «cualquier» población afectada. Tal situación, a criterio de este Tribunal, no se condice con el espíritu del Convenio 169 de la OIT, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado. Sobre este aspecto, cabe resaltar que la Comisión de Expertos de la OIT, en su Informe en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, del año 2010 (obrante a fojas 556), al momento de examinar algunas de las normas antes glosadas (particularmente los Decretos Supremos N.os012-2008-EM y 020-2008-EM), ha señalado que el artículo 6 del Convenio N.º 169 dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En tal sentido, ha indicado:

> «Si bien el artículo 6 del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se requiere (…) que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan 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». La Comisión desea resaltar que el Convenio requiere que se establezca un diálogo genuino entre las partes interesadas que permita buscar soluciones concertadas y que, si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio» (subrayado agregado).

64. En vista de todas estas consideraciones, este Tribunal concluye que, en el presente caso, la entidad demandada ha incurrido en un supuesto de *incumplimiento parcial* de su *deber de reglamentar* el *derecho a la consulta* de conformidad con lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia, decide **ordenar** al Ministerio de Energía y Minas emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas respetando los principios que dicho tratado establece y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.

65. Por último, este Tribunal debe dejar en claro que la declaración realizada en los fundamentos 62 y 63 de la presente sentencia, *no* implica un juicio de constitucionalidad de los reglamentos que han

sido emitidos por la emplazada, toda vez que el examen efectuado se ha limitado a verificar la insuficiencia o imperfección de la normativa existente. Por tanto, el incumplimiento parcial detectado no tendrá que ser corregido con la derogación de los reglamentos emitidos (lo que podrían servir para regular la participación de otras poblaciones afectadas), sino con la emisión de un reglamento especial para los pueblos indígenas. Con todo, se deja a salvo la posibilidad de impugnar aquellos reglamentos existentes en la vía que corresponda.

§8. Exhortación al Congreso de la República.

66. Finalmente, este Tribunal toma nota de la reciente aprobación en el Congreso de la República, de la «Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio Nº 169 dela Organización Internacional del Trabajo», la misma que, al momento de emitirse la presente sentencia ha sido observada por el Presidente de la República. Al respecto, este Tribunal estima que la aprobación de esta norma a nivel del Congreso representa un paso decisivo en la tarea del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país, pero al mismo tiempo considera que una eficaz protección de tales derechos requiere además de la labor comprometida y coordinada de todos las entidades públicas y privadas cuyo radio de actuación incida de alguna manera en el bienestar de dichos grupos humanos.

67. Teniendo en cuenta entonces la aprobación de esta Ley del Derecho a la Consulta, este Tribunal declara que el *deber de reglamentación* del Ministerio de Energía y Minas en relación al derecho a la consulta deberá ajustarse a lo establecido en la citada ley, de ser ésta finalmente promulgada. En este punto, este Colegiado debe señalar que con la condena efectuada al Ministerio de Energía y Minas, demandado en el presente proceso de cumplimiento, de emitir una reglamentación sobre el procedimiento de consulta, no se pretende establecer ámbitos jurídicos autónomos o diversos sobre un mismo tema, generando con ello una regulación dispersa y contradictoria; sino simplemente generar una reglamentación adecuada en un sector especialmente sensible, donde a la fecha se carece de dicha normativa implementada según los cánones dispuestos en el Convenio N° 169 de la OIT. Ello no quiere decir, por supuesto, que la medida idónea para solucionar este problema de falta de regulación normativa esté en manos del Congreso de la República, quien con carácter general puede dictar la ley que regule para todos los casos el procedimiento y principios a regir en el proceso de consulta.

68. En este contexto, este Tribunal saluda que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso haya aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.° 169 de la OIT*, sin embargo, no debe dejar de reconocer la responsabilidad de este poder del Estado en la omisión legislativa inconstitucional que se produjo en el presente caso. En dicho contexto, y ante la conflictividad aún latente en nuestro país por la ausencia del mecanismo de la consulta, y teniendo en cuenta además que la Ley aprobada aún no ha podido ser promulgada debido a las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo, este Colegiado debe **exhortar** al Poder Legislativo a que, dentro de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT.

69. En consecuencia, aún cuando la adopción de la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa, mientras la misma no se promulgue, no enerva la omisión legislativa inconstitucional planteada, ni

exime de responsabilidad al Parlamento por dicha ausencia legislativa durante el largo tiempo transcurrido, este Tribunal debe emplear en este extremo sólo la figura de la *sentencia apelativa*, en el entendido que el procedimiento democrático ya se ha implementado y casi llegado hasta su fin para dar cumplimiento a lo ordenado en el Convenio 169, por lo que debe confiarse en la culminación de dicho procedimiento; correspondiendo sólo a este Colegiado, en aplicación del principio de colaboración y cooperación de poderes, *declarar* la obligación de desarrollo legislativo y los principios esenciales a tener en cuenta en la emanación de la norma que dé finalmente cumplimiento al derecho a la consulta a los pueblos indígenas y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP), 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 Nº 169 de la OIT.

2. **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.

3. **EXHORTAR** al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108º 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 Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo», aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible.

4. 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
LANDA ARROYO
ETO CRUZ

EXP. N.° 06316-2008-PA/TC
LORETO
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA
DE DESARROLLO DE LA SELVA
PERUANA (AIDESEP)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Landa Arroyo.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) contra la resolución N.º 53 emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 2143, su fecha 1 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 10 de julio del 2007 la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF, sosteniendo que a través de los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 39 y 67 celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante el Decreto Supremo N.º 028-1999, de fecha 7 de julio de 1999, y el Decreto Supremo N.º 038-1995, de fecha 10 de diciembre de 1995, se están vulnerando los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la «Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre». Por tanto, solicita que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, que se ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos, y que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en las zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Finalmente, AIDESEP afirma que la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece en su artículo 72.2 que, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, y que sin embargo el establecimiento de los Lotes 39 y 67 se efectuó sin consultar a las

instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDESEP, CONAPA o INDEPA, violando lo establecido por la mencionada ley así como lo prescrito en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

b. Contestación de la demanda

b.1. Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Energía y Minas

Con fecha 3 de agosto del 2007 se apersona al proceso el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, deduce las excepciones de incompetencia por razón de materia y de falta de agotamiento de la vía administrativa y, al mismo tiempo, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos. Señala que «en nuestro país la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de la riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual»[29[1]], las que no pueden verse afectadas con el consiguiente daño de perjudicar las inversiones y el crecimiento económico del país. En el mismo sentido, refiere que «resulta contrario y lesivo a los derechos del Estado (sic), el abstenerse de disponer de los beneficios de los recursos naturales como patrimonio de la Nación (…)», por lo que considera que, «las pretensiones de la Asociación demandante, resultan contrarias a los fines del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional sostenible de los recursos naturales, que como tales pertenecen a la nación».

Señala también que la Ley Orgánica de Hidrocarburos N.º 26221, promulgada en 1993, establece que el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos con participación de la inversión privada y en base a la libre competencia, encargando al Ministerio de Energía y Minas a través del sub sector Hidrocarburos, elaborar, aprobar, proponer y aplicar la política del sector. Afirma por ello que si se admiten las pretensiones del demandante se desconocería las obligaciones que el Estado ha asumido en los contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, los cuales constituyen Contratos Ley y se encuentran garantizados conforme al artículo 62 de la Constitución.

Finalmente, manifiesta que la recurrente no ha presentado ninguna documentación o prueba fehaciente que sustente que las actividades de hidrocarburos vienen afectando los derechos a la vida, a la salud de los pueblos indígenas o de las poblaciones de no contactados, y que el Estado, a fin de proteger derechos como los de integridad cultural, étnica y ambiente equilibrado, exige, antes del inicio de cualquier actividad de exploración o extractiva, que la empresa contratista cuente con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) debidamente aprobado por la autoridad administrativa competente.

b.2. Contestación por parte de Perupetro Sociedad Anónima

Con fecha 3 de agosto de 2007 PERUPETRO S.A. se apersona al proceso señalando que la «Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre» es solo una solicitud, mientras que los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 67 y 39 fueron suscritos mediante Decreto Supremo N.º 38-95-EM, del 10 de diciembre de 1995, y el Decreto Supremo N.º 28-99-EM del 8 de julio de 1999, los que en virtud de la Constitución y la ley son inmodificables, salvo acuerdo escrito entre las partes.

29[1] Fojas 265, Tomo I, escrito de contestación de la demanda (Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas).

Respecto a la consulta participativa de las comunidades indígenas o las instituciones representativas de éstas sobre las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, el demandado señala que el Estado Peruano desde 1993 hasta la actualidad ha sometido a consulta de las poblaciones involucradas cada actividad que se ha realizado en un área determinada y que no se ha corroborado que el desarrollo de la actividad de hidrocarburos traiga como consecuencia efectos ambientales negativos, pues el artículo 48º del Reglamento para las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos establece como obligación a cargo del contratista y, previo al inicio de cualquier actividad de hidrocarburos, la presentación ante la autoridad competente de un Estudio de Impacto Ambiental realizado por una empresa registrada y calificada por la Dirección General de Asuntos Ambientales, lo que garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de no causar daños.

Finalmente, sostiene que paralizar las operaciones hidrocarburíficas de los Lotes 67 y 39 causaría un grave perjuicio para el Estado, no sólo por los ingresos que dejaría de percibir por concepto de canon petrolero, aproximadamente $ 2,900 millones de dólares respecto al lote 67 y $ 2,500 millones de dólares respecto del lote 39, sino que además sería una muy mala señal a la inversión privada en este tipo de proyectos que comprometen importantes recursos con los que el Estado no cuenta.

b.3. Contestación por parte de la empresa Barret Resources Perú

Con fecha 3 de agosto del 2007, Barret Resources contesta la demanda argumentando que los recursos naturales de los que goza el Estado son patrimonio de la Nación, «consecuentemente podemos concluir que es el Estado el que decide sobre la concesión u otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, ya que la Constitución Política del Perú concede al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales (…) imponiendo la fijación por Ley Orgánica de las condiciones para su utilización y su otorgamiento a particulares (…) así como la obligación para el Estado de dictar medidas para garantizar la debida protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento que hayan sido reconocidos de acuerdo a ley». Afirma que la propia ley establece que los contratos de licencia tienen la condición de contratos ley y se rigen por el derecho privado, conforme al artículo 62º de la Constitución, que consagra el principio de «intangibilidad contractual». Y que es por ello que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 757, en su artículo 54º dispone que el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de éstas. Señala además que en el presente caso no se ha cumplido con el procedimiento para el reconocimiento de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para constituir una reserva indígena, por lo que AIDESEP basa su demanda en una propuesta de reserva territorial que aún no ha sido reconocida mediante decreto supremo, esto es, se trata de una reserva inexistente.

Afirma asimismo que la pretensión expuesta en la demanda requiere de estación probatoria, de la que carece el proceso de amparo, por lo que, si bien AIDESEP interpuso una demanda de amparo para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, no ha acompañado pruebas que acrediten de modo fehaciente la existencia de poblaciones en el área del contrato, de modo que, ante tal circunstancia, debería declararse improcedente la demanda.

Finalmente manifiesta que la Ley N.º 28736 establece que con las reservas indígenas no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas y siempre que

lo permita el estudio de impacto ambiental. En consecuencia bajo determinadas condiciones aplicadas de manera cuidadosa pueden coexistir ambas actividades, por lo que no puede sostenerse que la actividad de explotación de los recursos naturales sea excluyente con la preservación de los derechos de las comunidades.

b.4. Contestación de la demanda por parte de Repsol Exploración Perú

Con fecha 18 de septiembre del 2007 se apersona al proceso REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ, Sucursal del Perú, y contesta la demanda aduciendo que no existe ninguna prueba real sobre la existencia de las comunidades no contactadas a las que hace referencia la demanda, ni menos sobre su ubicación en el Lote 39, y tampoco sobre que la futura explotación del lote 39 afecte derechos constitucionales, dado que no existe un reconocimiento oficial de los pueblos indígenas y, además, la propuesta de reserva territorial aún se encuentra en estudio. Solicita que la demanda sea declarada improcedente, toda vez que las pretensiones propuestas suponen necesariamente una actividad probatoria que no es posible en la vía del proceso de amparo, toda vez que no existe prueba de que las comunidades no contactadas existan y tampoco de que las actividades que realiza la empresa impacten negativamente en dichas poblaciones de cuya existencia no se puede dar fe.

Finalmente el recurrente señala que frente a la especulación de comunidades no acreditadas está la presencia real y reconocida de 11 comunidades: Buena Vista, Flor de Coco, Shapajal, Bolívar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María, Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael, las que interactúan con la empresa y se benefician de la actividad exploratoria del Lote 39.

b.5. Contestación de la demanda por parte de la empresa Burlington Resources Perú Limited

Con fecha 19 de noviembre de 2007 BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED, en calidad de litis consorte necesario se apersona al proceso (debido a que BARRET RESOURCES CORPORATION transfirió su posición contractual a REPSOL y esta a su vez transfirió el 45% de los derechos sobre el Lote 39 a BURLINGTON RESOURCES PERÚ LIMITED mediante Decreto Supremo Nº 018-2005-EM publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de junio de 2005) planteando la improcedencia liminar de la demanda, pues refiere que el recurso fue interpuesto en vía paralela el 19 de junio de 2007 ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y que contiene el mismo petitorio que el formulado en la presente demanda; agregando que además existe una indebida acumulación y por último que existe una vía idónea para tramitar el reclamo.

Sostiene asimismo que el Contrato de Licencia está amparado por el artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los contratos deben cumplirse conforme a lo acordado, y que el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos no solo generó derechos para la referida empresa, sino también obligaciones que interesan a toda la sociedad, es decir, que tras la suscripción de un contrato de licencia se encuentra el interés publico de explotar los recursos naturales que pertenecen a la Nación.

c. Resolución de Primera Instancia

El Primer Juzgado Civil de Maynas, con fecha 1 de julio del 2008, declaró infundada la demanda por considerar que si bien la Ley N.º 28736 y su reglamento desarrollan los mecanismos de protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento, también se establece que deben aportarse

los medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población en las tierras en las que habitan. El órgano judicial considera que AIDESEP ha presentado diversos documentos corrientes, ninguno de los cuales es idóneo para demostrar la existencia de los pueblos no contactados. Y que si bien la recurrente ha presentado los Informes Defensoriales N.[os] 101, 103 y 109, expedidos por la Defensoría del Pueblo, los cuales tienen carácter y valor oficial y en las que se señala que las áreas habitadas por los pueblos indígenas, entre ellas los Lotes 39 y 67, han sido otorgadas en concesión por parte del Estado Peruano, no obstante del mismo informe no se desprende inequívocamente la existencia de una amenaza cierta e inminente de agresión de derechos fundamentales de indígenas dentro de los Lotes 39 y 67, ni se imputa a las empresas concesionarias la calidad de agresores.

Con estas consideraciones, el órgano judicial concluyó que no se encuentra suficientemente acreditada la amenaza cierta e inminente expuesta en la demanda, por lo que si bien el Estado y las empresas concesionarias están en la obligación de tomar las medidas preventivas para evitar cualquier tipo de afectación, las actuales circunstancias no pueden conducir a prohibir o suspender las operaciones de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, por lo que se declara infundada la demanda.

d. Resolución de Segunda Instancia

La Sala Superior competente confirma la apelada declarándola también infundada, por considerar que de los medios probatorios ofrecidos por la actora, así como del amplio debate sostenido por las partes, no se ha acreditado de manera suficiente la existencia de pueblos en situación de aislamiento en la zona en que están ubicados los Lotes 39 y 67. Con relación al hecho de que las empresas involucradas hayan establecido en el Estudio de Impacto Ambiental referencias sobre las medidas que se deben ejecutar en caso de presentarse el contacto con indígenas en situación de aislamiento, no significa que esté acreditada la existencia de nativos, pues por el contrario, se trata del cumplimiento de la normativa vigente sobre la materia y de los protocolos de contingencia antropológica exigible en todo proyecto de exploración en las zonas de la selva.

Con relación al derecho de consulta a que alude el Convenio 169 de la OIT, la instancia judicial señala que debido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, resulta evidente que «no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada», pero sí resulta de plena aplicación que el Estado garantice las actividades que desarrollen las empresas beneficiadas.

Señala finalmente la Sala Civil de Loreto que tal decisión es concordante con el criterio desarrollado por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 101, que no sugiere que se suspendan las actividades vinculadas al aprovechamiento de los recursos naturales, sino que se establezcan procedimientos rigurosos a fin de impedir que las actividades extractivas dañen a los pueblos indígenas, especialmente a los que se encuentran en situación de aislamiento y contacto inicial; es decir, el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en los Lotes 39 y 67 no viola *per se* los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral de las comunidades indígenas.

III. FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio

1. Conforme se desprende de la demanda, ésta tiene por objeto que se declare la suspensión y/o anulación de todos los actos de exploración y/o explotación, dependiendo de la etapa en que se encuentren, en los Lotes 67 y 39 ubicados en el Departamento de Loreto. Sostiene la recurrente que las actividades que vienen realizando las empresas emplazadas, luego de haber sido otorgadas a su favor las concesiones de exploración y/o explotación correspondientes, atentan contra los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras; todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la «Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre» y que se superpone con las áreas otorgadas en concesión por el Estado. Por tanto, solicita que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios; asimismo, que ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos y finalmente que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en estas zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

2. Planteada en tales términos la pretensión, este Colegiado considera que ésta abarca dos ámbitos claramente delimitables. El primero versa sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, al territorio e identidad de los pueblos waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, comunidades que a decir de AIDESEP, se encuentran en condición de aislamiento voluntario y tienen protección en el marco de la Ley N.º 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial); comunidades que además se encontrarían ubicadas en el ámbito geográfico de la «Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre» y que se sobreponen a las zonas materia de las operaciones de exploración y/o explotación a través de los contratos de concesión de los Lotes 39 y 67.

El segundo trata sobre la protección del medio ambiente, los recursos naturales y sobre la intangibilidad del territorio que se ha previsto para futuras reservas de las referidas comunidades nativas en el marco de la ya aludida Ley N.º 28736; este territorio comprende zonas que habrían sido concesionadas por el Estado peruano violando el derecho a la consulta reconocido por el Estado peruano en el Convenio 169 de la OIT y además se estaría poniendo en riesgo el medio ambiente y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la salud y el desarrollo de la vida que reconoce el inciso 22 del artículo 2º de la Constitución.

§ 2. Sobre la legitimidad de AIDESEP con relación a las pretensiones planteadas

3. Conviene precisar si la recurrente puede solicitar tutela respecto de los derechos de comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, así como respecto de la tutela del medio ambiente y los demás bienes colectivos a que hace referencia la demanda. La respuesta a esta cuestión puntual se encuentra recogida en el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual, «…puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio

ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos».

De manera más específica aún, la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, establece un grado mayor de cobertura en el acceso a la tutela ambiental al precisar en su artículo IV que «Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se pueden interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia».

4.Con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento voluntario, el artículo 8º de la Ley N.º 28736 establece que: «Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas». Ello, desde luego, comprende la adecuada protección jurisdiccional de sus derechos, de modo que para efectos de su efectiva defensa, puede presentar acciones de garantía cualquier persona, natural o jurídica, por lo que no cabe cuestionar la legitimidad procesal en este tipo de demandas, al margen de la vía procesal. En tal sentido, debe concluirse en este punto que frente a reclamos actuales o futuros, cualquier persona natural o jurídica puede presentar un pedido o demanda ante las autoridades con relación a los derechos de las comunidades en aislamiento o poblaciones en situación de vulnerabilidad como es el caso de las comunidades nativas a que se refiere la Ley N.º 28736.

§ 3. Sobre la supuesta amenaza a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y la prueba de la existencia de los mismos

5. La cuestión central que se expone en la demanda se refiere a la presunta amenaza de violación a los derechos de las comunidades que se encuentran en aislamiento voluntario y cuyos territorios forman parte de las áreas cedidas por el Estado a las empresas aludidas en los antecedentes para los proyectos de exploración y posterior explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67, en la parte norte del Departamento de Loreto. La entidad recurrente expone que «el área del lote 39 es de 420,870.90 Has. ubicado entre las provincias de Loreto y Maynas del dpto. de Loreto; y el lote 67 tiene una extensión de 101,931686 Has. en la provincia de Maynas y a 10 kilómetros de la frontera con el Ecuador. Ambos lotes se encuentran dentro del territorio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario del grupo étnico Waorani (Tagaeri-Taromenane), Pananujuri (Arabela) y Aushiris (Abijiras) comprendidos en la propuesta de reserva territorial Napo Tigre» (fojas 10 de la demanda).

Añade la recurrente que «podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas», y que en base a «la experiencia ocurrida con la etnia Yora o Nagua a raíz de contactos forzados (Proyecto Camisea); (...) si se materializa la afectación de los mencionados derechos constitucionales aparecerán una serie de problemas sociales, económicos y culturales que probablemente los lleve al borde de la extinción física y cultural (…)».

6. A efectos de acreditar la amenaza cierta e inminente a los derechos a los que se alude en la demanda, los recurrentes han presentado una serie de estudios, documentos y testimonios, así como el Informe N.º 101 de la Defensoría del Pueblo, conforme al cual existiría superposición entre los Lotes 67 y 39 entregados en concesión por el Estado y los territorios de «desplazamiento» de los Arabela y Auca (Waroni) en situación de aislamiento voluntario. Sin embargo, de otro lado, las empresas emplazadas, así como el propio procurador del Ministerio de Energía y Minas, han puesto en duda los documentos que sustentan la posición de la demandante. En tal sentido y contra lo postulado por la recurrente, han presentado una lista extensa de estudios y documentos que demostrarían la no presencia de las comunidades o pueblos no contactados o en aislamiento voluntario en las zonas materia de los proyectos de exploración y/o explotación a que se refiere la demanda.

7. En tal sentido, al tratarse de documentos, dictámenes y/o investigaciones que plantean conclusiones contradictorias, cuya actuación probatoria y/o peritaje, si fuera posible llevar adelante, prolongarían la decisión y desnaturalizarían por completo el trámite sumario que corresponde al proceso de amparo. Además, conforme este Colegiado ha tenido ocasión de apreciar a través de los estudios que se muestran en el expediente, las investigaciones que se han realizado en la zona durante los últimos años no han podido ser concluyentes en ningún sentido.

8. Todo ello permite sostener a este Colegiado, con relación a este extremo de la pretensión, que el proceso de amparo no es la vía adecuada por carecer de estación probatoria respecto de cuestiones tan controvertidas como las expuestas, resultando de aplicación el artículo 9º del Código Procesal Constitucional.

§ 4. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida

9. Si bien ha quedado establecida la dificultad para un pronunciamiento de fondo en esta vía respecto de los derechos que corresponderían a las comunidades nativas en aislamiento voluntario, cuestión central de la demanda; no obstante la recurrente también ha solicitado en su demanda la tutela del derecho contenido en el inciso 22 del artículo 2º de la Constitución, esto es, «[…] a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida».

Al respecto, la recurrente ha manifestado que: «El establecimiento de lotes de hidrocarburos en el ámbito de la propuesta de reserva territorial Napo Tigre está amenazando el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para la vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario Waorani, Pananujuri y Aushiris o Abijiras que pueden sufrir las lamentables consecuencias que se observaron en el Proyecto Camisea, descrito en el punto 2.6» (escrito de demanda pág. 23).

10. Si bien la pretensión aparece aquí, una vez más, referida a los «pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario»; este Tribunal considera que al tratarse de un bien de interés general o difuso, esto es, que concierne a todos, su evaluación no está sujeta a la existencia o no de dichas comunidades. Para decirlo de manera más directa, si los trabajos de exploración y/o explotación ponen en riesgo el medio ambiente, la afectación que se produce o incluso la simple amenaza, puede y debe ser controlada en la vía del proceso de amparo, sin importar incluso quién lo presente, conforme al artículo 40º del Código Procesal Constitucional, en la medida que la titularidad de tales derechos no es individual sino que concierne a todos.

11. En el presente caso AIDESEP ha sostenido en su demanda que la explotación de los Lotes 39 y 67 en la parte norte del Departamento de Loreto, supondrá una seria amenaza para sus derechos, pero también para el medio ambiente, enfatizando que: «[e]l fluido que extraerá del lote 67, catalogado como petróleo pesado, necesitará de una conexión al Oleoducto Norperuano, para esto la empresa norteamericana Barret ha previsto la construcción de un Oleoducto hasta el punto de conexión con una extensión de 400 kilómetros; además de la perforación de 117 pozos […]», concluyendo de ello que «podemos asegurar que están seriamente amenazados los derechos constitucionales de la vida, salud, integridad cultural y el derecho al territorio de los pueblos indígenas de la *propuesta de reserva territorial* Napo Tigre que va a ser fuertemente afectada por las actividades relacionadas a la exploración del lote 67 con tendencia a ser aún mayor cuando se inicie la explotación del mismo».

12. Conforme al artículo 2º del Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional de amparo, «cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización». Al respecto se ha venido reiterando en jurisprudencia atinente que: «para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediablemente una violación concreta)». (STC N.º 05910-2008-AA, fundamentos 2 y 3).

13. En el presente caso si bien las actividades de exploración y explotación de recursos pueden hacer presumir la posible afectación del medio ambiente, la recurrente no ha presentado documentación que demuestre que ello ha ocurrido en el presente caso. En la medida que su pretensión principal se ha orientado en este caso a probar la existencia de comunidades de no contactados en las zonas materia de las concesiones (Lotes 39 y 67), la acreditación respecto de posibles amenazas a los demás derechos que se invocan en la demanda no ha sido razonablemente puesta de manifiesto. Por el contrario, tal como se observa de la documentación de autos, las empresas emplazadas han mostrado documentación sobre el cumplimiento de las etapas del procedimiento, así como los protocolos correspondientes, lo que hace suponer que se vienen tomando las medidas legalmente previstas a efectos de no incurrir en actos ilegítimos. En consecuencia, la pretensión referida a la supuesta amenaza al derecho al medio ambiente resulta también improcedente, al no haberse acreditado suficientemente la supuesta amenaza de conformidad con el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

§ 5. El derecho a la consulta y su relación con los demás derechos de las comunidades

14. La recurrente también denuncia la violación del derecho de consulta. Al respecto sostiene que: «El establecimiento de los lotes 67 y 39 se efectuaron sin consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDESEP, CONAPA o INDEPA de conformidad con el numera 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Así, han sostenido que «[…] no cabe duda que es la ausencia de consulta lo que a la postre está ocasionando la amenaza inminente de sus derechos fundamentales a la vida, salud, bienestar e integridad cultural» (escrito de demanda pag. 29).

15. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, «[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada». El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar *infra*, el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.

El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento *sine qua non* para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

16. En lo que interesa al presente caso, el Convenio 169 establece en su artículo 6º el derecho de participación de las comunidades nativas en las decisiones que los afecten:

«**Artículo 6**

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

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

(…)

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

17. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los «pueblos interesados», tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.

18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.

19. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que «[…] tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades» (STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 22). En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los «[…] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional» (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC N.° 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.

20. El Tribunal Constitucional ha reconocido desde su STC N.º 03343-2007-PA/TC consolidando su posición en la STC N.° 022-2009-PI/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Es preciso aclarar que dicha autodeterminación se encuentra dentro de un marco constitucional que la delimita. Así, no debe comprenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas exentas a la regulación legal por parte del Estado, o como un territorio de control judicial. La autodeterminación tampoco puede ser confundida «... con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado» (STC N.° 03343-2007-PA/TC, fundamento 32).

21. Es decir, cuando nuestra propia *ley fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.

22. Debe tomarse en consideración que el proceso de consulta debe realizarse en cumplimiento de determinados principios. En la STC 0022-2009-PI/TC (*Caso Tuanama I*) se han establecido una serie de características y principios que configuran el proceso de consulta, entre los que se encuentran: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (fundamentos 26-36). De igual forma se delimita el contenido del derecho de consulta explicitando de un lado: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (fundamentos 37-40).

§ 6. Análisis del caso concreto

23. En el presente caso, AIDESEP manifiesta que todo el proceso de negociación, así como la elaboración de los estudios de Impacto Ambiental, se han desarrollado sin ninguna participación de las comunidades nativas de la zona o sus representantes. Esto a pesar de que para el Perú el Convenio 169 de la OIT ya se encontraba vigente al momento de suscribirse los documentos respectivos, pues éste fue ratificado por nuestro país el 2 de

febrero de 1994. Las empresas emplazadas no han desvirtuado esta afirmación. De manera tangencial en su escrito de contestación de demanda de fojas 948 del expediente (116 del volumen II), la empresa Repsol manifiesta la presencia «real y reconocida» de 11 comunidades (Buena vista, Flor de coco, Shapajal, Bolivar, Soledad, Tipishca, Nueva Yarina, Santa María Mucha Vista, Nueva Libertad y San Rafael), comunidades con las que, a decir de la referida empresa, existe diálogo e incluso «se benefician de la actividad exploratoria del lote 39». No obstante no aportan información que acredite que por lo menos dichas comunidades han participado de algún mecanismo de consulta como lo exige el Convenio 169.

24. Cabe destacar que la empresa Barret Resources (Perú) es la que ha brindado mayor información sobre la realización de talleres y mecanismos de participación de algunas de las comunidades en el proceso de exploración en sus distintas etapas. Así, en su escrito de contestación de demanda de fojas 749, hace una descripción detallada de por lo menos tres talleres requeridos mediante Resolución Ministerial N.º 535-2004-MEM-DM, manifestando además que, «para el desarrollo y puesta en producción del área se realizará un EIA (Evaluación de Impacto Ambiental) ad-hoc y se realizarán los talleres e implementarán los mecanismos de protección (sic) ciudadana que sean necesarios».

25. Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta.

26. Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, el Estado habría, afectado el derecho de participación previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución. Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos.

27. De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.

28. Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar.

29. La ponderación de los efectos de la sentencia constitucional forma parte de las competencias de este Colegiado. El fundamento de tal competencia se encuentra tanto en el carácter de garante último de los derechos que ostenta, esto es, de todos los derechos que la Constitución reconoce, lo que debe hacerse conforme al principio de concordancia práctica; como también en su autonomía como órgano jurisdiccional del Estado. Al respecto se ha establecido que «de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201º de la Constitución, [este Tribunal] tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular» (STC N.º 05033-2006-AA/TC, fundamento 62).

30. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua.

Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 06316-2008-PA/TC (Resolución aclaratoria)
LORETO
ASOCIACIÓN INTERÉTNICA
DE DESARROLLO DE LA
SELVA PERUANA (AIDESEP)

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 24 de agosto de 2010

VISTA

La solicitud de aclaración de la resolución de autos, su fecha 02 de julio de 2009, presentada por el abogado de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP)

ATENDIENDO A

1. Que el primer párrafo del artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece: «[c]ontra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido (...)».

2. Que solicita que se aclare lo desarrollado por el Tribunal en los fundamentos 26, 27 y 28, puesto que el Tribual estaría limitando la consulta solo al acto previo de concesión, y no a los demás actos desarrollados posteriormente que pudiere aprobar el Ministerio de Energía y Minas. Debe recordarse que la interpretación tiene por finalidad facilitar la ejecución de la decisión adoptada. En el presente caso, la inferencia realizada por la demandante en nada explicita el fallo, en tal sentido, la interpretaciones que el demandante tenga a bien realizar sobre aspectos que no han sido discutidos en el presente caso, no conforman aspectos pasibles de ser supuestamente aclarados por este Colegiado.

3. Que de otro lado alega que el Tribunal limita inexplicablemente el ejercicio del derecho a la consulta a los supuestos en que el Estado desee dictar medidas legislativas y administrativas, sin tomar en cuenta que en el artículo 7 del Convenio 169, de la OIT, se incluyen otros supuestos que también obligan al Estado a realizar la consulta a los pueblos indígenas. Al respecto, este Tribunal estima conveniente resaltar que en la sentencia este Tribunal ha hecho referencia al articulo 6 del Convenio referido, en el cual se desarrolla de manera general el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Es de precisarse de otro lado que el artículo 7 del Convenio establece el derecho a la participación de los pueblos indígena, materia que no ha sido relevante para la solución del presente caso. Por lo tanto, tal solicitud debe ser desestimada.

4. Que asimismo indica que el Tribunal traspasa una obligación exclusiva del Estado, esto es llevar a cabo el proceso de consulta a las empresas, cosa que no se desprende del Convenio 169 de la OIT.

5. Que al respecto, es de precisar que en la STC 0022-2009-PI/TC este Tribunal indicó efectivamente que el Estado es el responsable de que se lleve a cabo el proceso de consulta. Esto implica no solamente un rol determinante e inmediato del Estado sino que puede desarrollar un rol supervisor en aquellos casos en donde la intensidad de afectación no sea alta, por ejemplo. Con esto se pretende resaltar, de una lado, la responsabilidad del Estado, de vigilar que se lleve a cabo el proceso de consulta, pero se deja abierta la posibilidad de que tal labor pueda ser realizada desde el ámbito de la supervisión. Tales alternativas no le corresponde decidir a este Tribunal sino al desarrollo normativo a desarrollar por el Congreso de la República. En tal sentido, la aclaración en este punto debe ser también desestimada.

6. Que no obstante lo explicitado en las consideraciones precedentes, este Tribunal estima pertinente desarrollar alguno puntos relativos a la materia del derecho a la consulta que suscita confusión en la opinión pública y en los operadores del derecho.

7. Que si bien este Tribunal explicó que el Convenio 169 fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995, es cierto que su vigencia social ha sido sumamente limitada. Por el contrario, en términos de validez, este Tribunal ha resaltado y consolidado dicha calidad respecto el Convenio 169. No obstante, y de otro lado, en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo normativo apropiado, lo que como se ha anotada generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle que pacifique la actual coyuntura. Así, sin bien el Convenio 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso o del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta.

8. Que la STC 0022-2009-PI, el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, el hito marcado por el Tribunal debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE

1. Declarar **NO HA LUGAR** la aclaración solicitada, en consecuencia, **IMPROCEDENTE**.

2. Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento.

Publíquese y notifíquese.
SS.

EXP. N.º 00024-2009-PI
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS

§3. Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas

4. En la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, especialmente en casos motivados por la conflictividad social generada a partir del año 2009, se ha buscado afianzar el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo cual atraviesa por afirmar el conjunto de garantías que exige su condición de derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]. Este rol de concretización le correspondió asumir a este Colegiado frente a la omisión legislativa de desarrollo, que ha posibilitado institucionalizar el debate sobre la problemática indígena en desmedro de posturas antisistémicas.

5. En ese sentido, como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. Nº 37]:

   (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
   (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y
   (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar «derecho al veto».

6. El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, siendo constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

   En abstracto no corresponde determinar cuándo una medida «afecta» directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, es posible distinguir cuando menos tres modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación «indirecta» a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [STC 0022-2009-PI/TC, Fund.Jur. Nº 21]. Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de

inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta.

7. Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24].
8. De esta forma queda establecido el íter de reglamentación de la consulta indígena principalmente jurisprudencial ante el supuesto configurado de inconstitucionalidad por omisión del legislador. No obstante cabe destacar que por mandato derivado de la STC 5427-2009-PC/TC con fecha el 12 de mayo de 2011 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano el *Decreto Supremo N.° 023-2011-EM, Aprueban Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas*. De esta forma el Ministerio de Energía y Minas asume la responsabilidad constitucional que le correspondía en la materia, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio Nº 169, deben ser consultadas. Desde luego, esta afirmación no supone realizar un control sobre si dicha normativa contraviene, en la forma o en el fondo, la Constitución, por no ser materia del petitorio de la presente demanda de inconstitucionalidad.
9. Finalmente se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conforme a su función pacificadora, en su condición de supremo órgano de control de la constitucionalidad, valiéndose únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos y libertades, ha venido fortaleciendo su jurisprudencia en torno al derecho de consulta como una tema de especial relevancia en la cuestión de los pueblos originarios. Hoy, frente al recrudecimiento de la convulsión social y la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza sobre la base de un principio de coparticipación de la riqueza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los derechos fundamentales. Conflicto inmanente a la maduración democrática de nuestro país, que exige un compromiso de los distintos agentes sociales.

§4. El Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

10. Los recurrentes cuestionan que el Decreto Legislativo N.º 994 desproteja a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad y denuncian, igualmente, que el Decreto Legislativo 994 fue promulgado sin hacerse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

11. Al contestarse la demanda el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros ha cuestionado que el Convenio 169 de la OIT sea aplicable, aduciendo que el Perú tiene esencialmente una población mestiza, y también que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas carece de efectos vinculantes que sustenten la declaración de (in)validez de una decisión estatal.

12. Al respecto el Tribunal recuerda que el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los «tratados internacionales sobre derechos humanos (…) detentan rango constitucional» (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación.

13. Por ello, en relación al argumento vertido por el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el sentido de que el Convenio N.° 169 no es aplicable en tanto la mayoría de la población peruana es mestiza y no indígena, este Tribunal considera que no debe confundirse el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como pueblo indígena con lo relacionado con la vigencia del referido Convenio 169 y las obligaciones contraídas como consecuencia de su ratificación e incorporación en el derecho interno. Como antes se ha expuesto, el Convenio 169 entró en vigencia en el año 1995 y desde ese momento forma parte del ordenamiento jurídico nacional y su cumplimiento es obligatorio [Cf. STC 00022-2009-PI/TC]. Su aplicación, como expresa el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, se aplica a los pueblos que detentan las características que allí se señala, independientemente de si éstos son de población nacional mayoritaria (o no).

14. De otro lado, en lo que se refiere al valor normativo que pueda tener la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tribunal destaca que ésta fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidos con fecha 13 de septiembre de 2007. Este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional en materia de garantía y respeto de los pueblos indígenas, al anidar en su contenido aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone. En ese sentido, cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como *soft law*, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos.

§4. Propiedad comunal de los pueblos indígenas

15. Por otra parte los recurrentes manifiestan que el Decreto Legislativo N.º 994 desprotege a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad y sostiene que la norma cuestionada fue promulgada sin hacerse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas.

16. Al respecto el Tribunal recuerda que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, «[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos». (ANAYA, James, «Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización», en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígena*s, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93).

17. En ese sentido, el artículo 14 del Convenio Nº 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución, cuyo artículo 88 precisa que el Estado garantiza «el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa» (subrayado agregado). De similar forma, el artículo 89 de la misma Ley Fundamental establece que «[l]as Comunidades Campesinas y las Nativas […] [s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras […]. La propiedad de sus tierras es imprescriptible» (subrayado agregado).

18. El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de «propiedad» sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.

19. Por ello, en armonía con el artículo 13 del Convenio N.° 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones del referido convenio, el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades,

donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos.

20. Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 146, párr. 128].

21. Pues bien, en el caso del Decreto Legislativo 994, los recurrentes han alegado que su expedición afecta a los pueblos indígenas al desproteger a aquellos que no tienen títulos de propiedad, desconociendo su posesión ancestral y fomentando su eventual desplazamiento para implementar los proyectos de irrigación que se promueven con el Decreto Legislativo 994 cuestionado.

22. Sobre el particular el Tribunal toma nota de que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT dispone que al aplicarse sus disposiciones, los Estados partes deberán «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente» (subrayado agregado).

23. En el caso del Decreto Legislativo 994 el Tribunal Constitucional observa que su original artículo 3.2 establecía, entre las tierras eriazas comprendidas dentro de los alcances de la norma, que:

> «3.1. Son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua.
> 3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista titulo de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos (…).»

Igualmente observa que posteriormente, mediante la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1064, publicado el 28 de junio de 2008, se modificó dicha disposición, estableciéndose que:

> «3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquéllas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal».

Y, finalmente, que esta última disposición fue derogada por el artículo 1º de la Ley N.º 29382, publicada el 19 de junio de 2009.

24. Así las cosas, el Tribunal es de la opinión que el actual artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 994 no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas. En ese sentido, llama la atención que si bien el artículo 3.3. del Decreto Legislativo Nº 994 establece las tierras que «no se consideran tierras eriazas con aptitud agrícola», y allí no se hace alusión directa a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, en opinión del Tribunal esta omisión es sólo aparente, pues considera que sus alcances han de determinarse necesariamente a partir del artículo 2 del mismo Decreto Legislativo N.º 994, que prescribe:

> «La presente norma regula el régimen especial para promover la inversión privada en proyectos de irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado» (subrayado agregado).

25. De esta manera, puesto que actualmente las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N.º 994, el Tribunal considera que la inconstitucionalidad originaria de su artículo 3.2, derivada de la no realización del proceso de consulta pese a tratarse de una disposición que afectaba directamente a los pueblos indígenas, ha desaparecido. Y con ella la competencia para declarar su invalidez por este Tribunal.
(...)

EXP. N.° 00025-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADNOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y ocho mil noventa y nueve ciudadanos contra la Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República.

A) ANTECEDENTES

1. De los fundamentos de la demanda

Con fecha 26 de junio de 2009, Gonzalo Tuanama Tuanama y 8099 ciudadanos interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. 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.

2. De los fundamentos de la contestación de la demanda

Con fecha 16 de octubre de 2009, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que ésta se desestime. En esencia, por considerar que de acuerdo con los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 OIT, la consulta a los pueblos indígenas sólo se realiza en el supuesto de que se pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Ello no sucede, alega, con la ley

cuestionada, cuyo artículo III de su Título Preliminar, reconoce el *Principio de Respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas*, que se concretiza en la regulación de diversos aspectos como los referidos a las «organizaciones de usuarios» (artículos 32 y 118) y a los «derechos de uso de agua» (artículo 44).

Por otro lado, refiere que no existe una violación del derecho a la igualdad, pues la ley impugnada realiza tratos más favorables a las comunidades campesinas y nativas (artículos 64 y 107), al extremo de proponer un supuesto de discriminación positiva (y no negativa, como se cuestiona). Igualmente, sostiene, la Ley cuestionada no tenía que ser consultada a los pueblos indígenas, pues no las comprende exclusivamente entre sus destinatarios, al ser una regulación general del uso, primario y poblacional, de los recursos hídricos. Y, finalmente, que no se violó el artículo 66 de la Constitución, al ser la Ley 29338 una ley especial que regula un recurso natural (agua), dentro del marco establecido por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio de la demanda

1. La pretensión que contiene la presente demanda es que se declare inconstitucional la Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos [en adelante, la Ley], por considerar que se ha transgredido: (a) el artículo 66 de la Constitución, al no haber sido aprobada como Ley Orgánica; (b) el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, al haberse aprobado la Ley prescindiéndose de la realización de la consulta; (c) el derecho a la igualdad jurídica, en el sentido de que el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua que la Ley contiene realiza un trato discriminatorio hacia los pueblos indígenas.

§2. Ley de Recursos Hídricos y Reserva de Ley Orgánica

a) Alegatos de los demandantes

2. Aunque en el orden no sea el primer cuestionamiento que se haya formulado a la Ley de Recursos Hídricos, la primera objeción de constitucionalidad contra la Ley tiene que ver con la alegada violación del artículo 66 de la Constitución. Según expresan los demandantes, dicho precepto constitucional:

> «señala de manera clara y precisa, que las condiciones de la utilización de los recursos naturales (como los recursos hídricos) y su otorgamiento a particulares, se tienen que dar de manera exclusiva por ley orgánica» [Folios 3 y 9].

No obstante –refieren–, pese a que el agua es un recurso natural y ha sido regulada por la Ley Nº 29338, ésta no se ha aprobado siguiéndose el procedimiento especial que el artículo 106 de la Constitución contempla.

b) Alegatos del Congreso de la República

3. El apoderado del Congreso de la República aduce que, efectivamente, las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares, son aspectos que se encuentran sujetos a reserva de Ley Orgánica. Sin embargo, refiere, dicha reserva fue cubierta

con la expedición de la Ley Nº 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuyos artículos 19 y 29, además, permiten:

> «que `las condiciones de la utilización de los recursos naturales´ (como los recursos hídricos), así como `su otorgamiento a particulares´ sean aspectos a desarrollarse mediante leyes especiales para cada recurso natural, entre las que se encuentra la Ley de Recursos Hídricos».

Por ello, considera,

> «carece de fundamento lo afirmado por la parte demandante, puesto que la norma objeto de control es una ley especial que regula un recurso natural (agua), dentro del marco establecido por el artículo 66 de la Constitución y la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales».

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal considera que el cuestionamiento no tiene fundamento.

4. La reserva de ley orgánica es una especie del instituto de la reserva de ley. Mediante el establecimiento de esta última, la Constitución normalmente impone que la regulación de una determinada materia sea efectuada por una fuente del derecho en particular, excluyendo de ese modo la intervención de cualquier otra en su tratamiento. Por tanto, su institucionalización comporta el establecimiento tanto de una competencia como de un mandato. Por un lado, la competencia de la ley para regular la materia reservada. Y de otro, el mandato dirigido hacia el Parlamento para que éste sea quien delibere y decida aquellos asuntos que la Constitución le ha encargado mediante la reserva.

5. A diferencia de lo que sucede con la reserva de ley *simple* [en la que excepcionalmente la participación del Parlamento puede reducirse a establecer los criterios generales de regulación de la materia reservada y su desarrollo efectuarse mediante decretos legislativos], en el caso de las reservas de ley *agravadas* o *reforzadas*, entre las cuales se encuentra la reserva de Ley Orgánica, el establecimiento de límites y condicionamientos especiales para su aprobación se traduce en el impedimento *absoluto* de que su regulación lo efectúe otro órgano o, acaso, que su desarrollo legislativo se realice mediante una fuente distinta a la Ley Orgánica.

6. No son pocas las consecuencias que se derivan del hecho que el artículo 106 de la Constitución exija que la aprobación de las materias objeto de la reserva no se realice con mayorías simples, sino con más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 106 CP).

Puesto que ello comporta una *excepción* al principio mayoritario, esto es, al principio según el cual en los asuntos de la *res publica* las decisiones se adoptan por los órganos de representación política mediante simples mayorías, en diversas ocasiones este Tribunal ha llamado la atención sobre la necesidad de no realizar interpretaciones extensivas en la determinación de las materias sujetas a la reserva de Ley Orgánica. Como expresamos en la STC 00048-2004-AI/TC,

> «debido a su carácter excepcional, el ámbito material reservado para las leyes orgánicas no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente restrictiva» [Fund. Jur. Nº 40].

7. Precisamente por ello, en la STC 0003-2006-AI/TC afirmamos que la identificación del objeto de la reserva de Ley Orgánica está sujeta a su conformidad con los:

> «criterios de taxatividad y residualidad, respectivamente, puesto que para que una materia deba ser regulada por ley orgánica, dicha previsión debe encontrarse expresamente prevista en la Constitución, y debe, además, ser interpretada en sentido restrictivo; mientras que [las regulación de] las materias que no han sido inequívocamente confiadas a las leyes orgánicas, corresponden ser reguladas por ley ordinaria» [STC 0003-2006-PI/TC, Fund. Jur. Nº 20].

8. Por lo que se refiere a los alcances de la reserva de Ley Orgánica que contiene el artículo 66 de la Constitución [«Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal»], el Tribunal observa que éste no establece que la regulación *in toto* de los recursos naturales (renovables o no renovables) deba desarrollarse mediante Ley Orgánica. No son los recursos naturales, como tales, los que están sujetos a dicha reserva. Ésta, en realidad, sólo se proyecta sobre 2 aspectos vinculados con dichos recursos naturales: (a) las condiciones de su utilización y (b) las condiciones de su otorgamiento a particulares.

Todo lo que no se refiera a estos 2 aspectos es ajeno al objeto de la reserva y su regulación carece del carácter de Ley Orgánica. Poco importa que la fuente que lo contenga, o lo regule, declare que ella es una Ley Orgánica. También es irrelevante que su aprobación se hubiera efectuado con el voto conforme de más de la mitad del número legal de congresistas. El carácter de Ley Orgánica no se obtiene sólo del hecho que se apruebe con una determinada mayoría, sino fundamentalmente de que la materia que trate se encuentre bajo el ámbito reservado a esta fuente del Derecho.

9. El apoderado del Congreso ha sugerido que las condiciones de utilización de los recursos naturales (como los recursos hídricos) y su otorgamiento a particulares son aspectos que se encuentran regulados en la Ley Nº 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Y que en cierta forma la regulación que dicha Ley Nº 26821 efectúa, agota el objeto de la reserva de Ley Orgánica contemplada en el artículo 66 de la Constitución.

10. El Tribunal comparte parcialmente dicho criterio. Lo comparte en el sentido de que efectivamente la Ley Nº 26821 constituye una norma de desarrollo, entre otros temas, de los que se encuentran sujetos a reserva de Ley Orgánica según el artículo 66 de la Ley Fundamental. Así, por lo demás, lo declara su artículo 1, al sostener que la Ley Nº 26821 regula:

> «el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66º y 67º del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internaciones suscritos por el Perú».

Y así también este Tribunal lo ha expresado en diversas ocasiones, como en la STC 0048-2004-PI/TC o en la STC 0026-2008-AI/TC y 0028-2008-AI/TC [acumulados]:

> «la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales)…» [Fund. Jur. Nº 41].

11. Sin embargo, el Tribunal advierte que la regulación efectuada sobre el objeto de la reserva por la Ley Nº 26821 es parcial e incompleta. Sus artículos 19, 21 y 29, empleando formas lingüísticas

diversas, advierten que algunas de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares deberán desarrollarse mediante «leyes especiales».
El problema que a partir de ello se suscita no es tanto si tal remisión a la ley especial pueda realizarse, sino si en su aprobación [y en particular, el tratamiento que pueda realizar de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares], deba (o no) satisfacerse las exigencias y limitaciones a que se refiere el artículo 106 de la Constitución.
12. A juicio del Tribunal, una respuesta que excluya su aprobación con respeto a las exigencias del artículo 106 de la Ley Fundamental es constitucionalmente inaceptable. La reserva de Ley Orgánica a la que está sujeta la regulación de las condiciones de utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a particulares, al provenir directamente de la Constitución (art. 66), no está a disposición del legislador.
13. En opinión del Tribunal, es inválido que una reserva de ley *agravada*, como la de la ley orgánica, termine sometida a un régimen de reserva de ley *simple*. Y en dicha consideración ninguna relevancia tiene que el órgano competente para expedir una u otra fuente sea el Parlamento.
El Tribunal recuerda que la razón especial del agravamiento de la reserva no reside tanto en la cautela de que su tratamiento lo realice el órgano que representa la voluntad popular, sino en la necesidad de evitar la arbitrariedad en la que puedan incurrir mayorías parlamentarias simples en asuntos que, por su especial importancia, la Constitución ha querido que su aprobación se realice mediante mayorías calificadas. Como recordáramos en la STC 0048-2004-PI/TC,

> «la ley orgánica no es una categoría normativa que pueda entenderse en los mismos términos que la ley ordinaria. Y no porque su ubicación en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993 sea distinta (pues ambas comparten el mismo rango), sino por su disímil naturaleza. En efecto, a diferencia de la ley ordinaria, la ley orgánica (…) se aparta de la común manifestación del principio democrático en el ámbito del procedimiento legislativo (sostenido en la preponderancia de las mayorías simples sobre las minorías), para imponer una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas» [Fund. Jur. Nº 39].

14. Descartada pues una interpretación de los artículos 19, 21 y 29 de la Ley Nº 26821, en el sentido que autoricen una «desreserva» de Ley Orgánica de la regulación de las condiciones de utilización y otorgamiento a los particulares de los recursos naturales, no queda sino tener que entender que las leyes especiales que se dicten serán legítimas siempre que sean aprobadas respetándose las formalidades que contempla el artículo 106 de la Constitución. En especial, su aprobación con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.
15. Sin embargo, en el caso, carece de sentido realizar un análisis meticuloso sobre cuáles son las *nuevas* condiciones de utilización y de otorgamiento a particulares de que contempla la Ley Nº 29338 en materia de recursos hídricos, y también si las normas que concretamente las regulan fueron aprobadas (o no) por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.
Es innecesario realizar un análisis de esa naturaleza pues, el Tribunal observa que en el reporte de la votación de la sesión del 12 de marzo de 2009, de la Segunda Legislatura Ordinaria 2008-2009, tras someterse a consideración el proyecto de lo que hoy es la Ley Nº 29338 [con excepción de su artículo 2, que fue votado por separado], éste fue aprobado con el voto conforme de 75 congresistas. Es decir, con más de la mayoría requerida por el artículo 106 de la Constitución.
El Tribunal observa que la única materia que no fue aprobada con una mayoría superior a la mitad del número legal de miembros del Congreso fue su artículo 2 de lo que es ahora la Ley Nº 29338, que sólo contó con 59 votos conformes. Sin embargo, el Tribunal advierte que la materia regulada por dicho artículo 2 no está sujeta a la reserva que contempla el artículo 66 de la Constitución.

16. Por otro lado, el Tribunal toma nota de que una vez realizadas las 2 votaciones precedentes, en la misma sesión del 12 de marzo de 2009, el Pleno del Congreso de la República sometió a voto la exoneración de la segunda votación del proyecto de ley de lo que después sería la Ley Nº 29338, y que éste se aprobó sólo con 56 votos. Sin embargo, el Tribunal llama la atención que el tipo de mayoría requerida para la exoneración de la segunda votación de un proyecto de ley es una materia distinta a lo que es propiamente el objeto de la reserva de Ley Orgánica, de modo que el *cuantum* que ésta haya podido obtener es irrelevante desde el punto de vista del artículo 106 de la Constitución.

§3. Ley de Recursos Hídricos y derecho a la consulta de los pueblos indígenas

a) Alegatos de los demandantes

17. Por otro lado, se cuestiona que la aprobación y promulgación de la Ley impugnada se haya realizado sin respetarse el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de manera previa e informada, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Ello afecta –sostienen– los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en el ordinal «a» del artículo 6.1 y los artículos 2, 15 y 17 del precitado Con venio 169 de la OIT. De igual forma, cuestionan que en dicho proceso de aprobación y promulgación de la Ley cuestionada no se haya tomado en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

b) Alegatos del Congreso de la República

18. El apoderado del Congreso de la República argumenta que de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, el Estado está obligado a realizar un proceso de consulta sólo en el supuesto de que se previeran medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, o siempre que pudiera afectarse el hábitat o la salud de quienes integran la comunidad nativa. Sostiene que no es ese el caso de la Ley impugnada, pues ella

> «regula los recursos hídricos de manera general, de modo tal que las comunidades campesinas y nativas no son las únicas destinatarias de la norma» [Folios ____].

19. Igualmente, refiere, el contenido de la norma no está destinada a causar perjuicio a los pueblos indígenas, sino que está basada en el

> «reconocimiento y respeto de las comunidades campesinas y nativas y su derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras, para lo cual prevé varias disposiciones que garantizan que sus derechos no serán afectados» [Folios ____].

Entre ellos, sostiene, se encuentra la regulación de aspectos referidos con las «organizaciones de usuarios» (artículos 32 y 118) o los «derechos de uso de agua» (artículo 44), lo que constituye más que un supuesto de discriminación negativa, como se cuestiona, en realidad, uno de discriminación positiva a favor de los pueblos indígenas.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal considera que los cuestionamientos no son atendibles.

20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

21. Como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. Nº 37]: (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar «derecho al veto».

22. El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Su ejercicio propicia y materializa el diálogo intercultural. Este tiene como fundamento el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y su propósito es favorecer

> «la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana» [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 18].

23. 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 Nº 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.

24. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el trascurso de más de 3 lustros sin que se reglamentase la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC 5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PI/TC, el *dies aquo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver

casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña.

25. El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64].

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida «afecta» directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas.
26. Tratándose de medidas legislativas, en la STC 0022-2009-PI/TC el Tribunal llamó la atención sobre la necesidad de distinguir cuando menos 3 modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación «indirecta» a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [Fund. Jur. Nº 21].

27. En el caso de la Ley 29338, el Tribunal observa que ésta regula lo concerniente al uso y gestión de los recursos hídricos, esto es, el agua superficial, subterránea, continental, marítima y atmosférica así como los bienes asociados a estas. Según declara su artículo 2, su finalidad es «regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como los bienes asociados a esta». En ese sentido, crea el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, estableciendo que entre sus cometidos se encuentra el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso. Igualmente, la ley cuestionada crea la Autoridad Nacional del Agua como ente rector de máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y regula el uso de los recursos hídricos y los derechos de uso de agua.

28. El Tribunal constata que la Ley 29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo a la que nos referimos en el Fundamento anterior, el Tribunal considera que la Ley 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas.

29. Esta apreciación vale incluso para el caso en el que la Ley 29338 hace referencia a los pueblos nativos en su contenido, como sucede con el artículo III de su Título Preliminar, que establece como uno de los principios en los que se inspira la Ley, el respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas así como su derecho de utilizar las aguas, que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la ley. O en relación al artículo 64, que establece que el Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras (derecho que es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad),

así como las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política, la normativa sobre comunidades y la Ley; añadiéndose, en su último párrafo, que ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT.

30. Similares consideraciones también se extienden a lo regulado en su Título X, relativo a las «Aguas Amazónicas» y, en particular, con su artículo 118 [«Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva. La Autoridad Nacional, en concordancia con los consejos de cuencas de la amazonía, vela porque en, las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas»].

A juicio del Tribunal, un precepto de esta naturaleza, aislada o sistemáticamente interpretada en el contexto del Título X de la Ley 29338, no ocasiona menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. Al contrario, cumple con la obligación asumida por el Estado en los términos del artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que establece «Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

31. Desde luego, que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas, o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos e intereses colectivos, no quiere decir que en su *aplicación* concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la *aplicación* de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas.

32. El Tribunal Constitucional recuerda, a estos efectos, que el ordinal «a» del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT establece que este derecho a ser consultados es obligatorio en todos aquellos casos en los que se prevean medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener.

33. De manera que al desestimarse este extremo de la pretensión, debamos precisar que esta decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley Nº 29338. Tampoco deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley Nº 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar.

Ello se deriva de su condición de derecho constitucional y del hecho que el proceso de amparo sea el remedio procesal instituido con el propósito de tutelar todos los derechos constitucionales con excepción de aquellos que se protegen en el Habeas Corpus y en el Habeas Data.

§4. El derecho a la igualdad jurídica en el sistema de incentivos en las licencias de uso de agua

a) Alegatos de los demandantes

34. Los demandantes sostienen que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, puesto que carecen de la capacidad para competir con empresas.

b) Alegatos del Congreso de la República

35. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada otorga preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos a los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia. Y si bien dicho precepto contiene una norma de exclusión [«mediante la cual **no** tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que no reúnen los dos requisitos que se establecen: que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia»], sin embargo, considera que tal diferenciación satisface todas las exigencias del principio de proporcionalidad, por lo que no resulta discriminatoria.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

Carece de fundamentos la objeción de constitucionalidad planteada.

36. En diversas ocasiones, el Tribunal ha expuesto que la igualdad jurídica consagrada en el artículo 2.2 de la Constitución, garantiza frente a tratamientos diferenciados que sean desproporcionados. No tutela que todos seamos tratados por igual siempre y en todos los casos, sino que la diferenciaciones que se puedan realizar se encuentren justificadas desde el punto de vista de las exigencias que se derivan de cada uno de los sub-principios que conforman el principio de proporcionalidad.

37. Aunque no se haya precisado la disposición que se cuestiona, la alegación de los demandantes en el sentido expuesto en el Fundamento Nº. 34, *supra*, permite a este Tribunal identificar que el precepto impugnado por violación del derecho-principio de igualdad jurídica es el (segundo párrafo del) artículo 49 de la Ley impugnada. Este establece:

> «La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, promueve la reversión de los excedentes de recursos hídricos que se obtengan en virtud del cumplimiento de la presente norma, considerando para ello la normativa establecida por el Ministerio del Ambiente en la materia de su competencia.

> Los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un certificado de eficiencia tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes. El Reglamento establece las condiciones para la aplicación de lo establecido en el presente artículo».

38. Como también ha sido aceptado por el apoderado del Congreso de la República, el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley Nº 29338 realiza, efectivamente, un trato diferenciado. Confiere «preferencia» a unos para acceder al otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua a los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica (si es que estos generan excedentes de recursos hídricos y tienen certificado de eficiencia) que no se los otorga a otros (esto es, a quienes no generan excedente de recursos hídricos, o que generándolos, sin embargo, carecen de certificado de eficiencia).

39. Tal diferenciación constituye una intervención leve del contenido *prima facie* protegido por el derecho-principio de igualdad, pues no fundándose en un motivo prohibido por la Constitución, sólo tiene incidencia negativa en el acceso y ejercicio de derechos de rango meramente legal, como cualquiera de los derechos de uso del agua a los que se refiere el artículo 45 de la Ley Nº 29338 [Cfr. STC 0045-2004-PI/TC]. Su objetivo es la generación de excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente, en tanto que su finalidad, la promoción del uso sostenible de los recursos hídricos, lo que promueve el artículo 67° de la Constitución.

40. El Tribunal observa que la preferencia otorgada a quienes generan excedentes de recursos hídricos sobre la base de un aprovechamiento eficiente constituye un medio idóneo para promover el uso sostenible de tales recursos. Observa igualmente que existiendo otros medios con los cuales pueda alcanzarse el mismo fin [vgr. *negar* el acceso a nuevos derechos de uso de agua a quienes no generen excedentes de recursos hídricos o no cuenten con un certificado de eficiencia], el escogido por el legislador [otorgar *preferencia*] es el menos aflictivo sobre los derechos intervenidos. Y repara, finalmente, que constituyendo la intervención sobre el principio-derecho de igualdad sólo de intensidad leve, en tanto que de extrema importancia el grado de realización del fin [promoción del uso sostenible de los recursos hídricos], que la diferenciación realizada en el segundo párrafo del artículo 49 de la Ley cuestionada no es excesiva.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Publíquese y notifíquese.
SS.
MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.° 01126-2011-HC/TC
MADRE DE DIOS JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE

(...)

2.4. Constitución, multiculturalismo y realidad social

13. El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que «la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú» [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.

14. Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad*contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.

15. Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son «menos avanzadas», y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de «superación cultural», al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

16. Es por ello que el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48º que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89º, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149º permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191º de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

17. Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa.

18. Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido convenio. O por el solo hecho de que tal convenio internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación.

19. Es por ello que el Tribunal debe estar atento al referido contexto a fin de repensar categorías jurídicas y derechos desde la perspectiva multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas, en procura de maximizar garantías que

sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios [artículo 1b) del Convenio 169]. Esto implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional.

2.5. La garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas

20. En la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), este Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. «Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2°, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70°, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad». Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

    En la misma sentencia se ha indicado que en el «ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, **es un derecho real** por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada «oponibilidad». **Es un derecho absoluto** porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. **Es exclusivo**, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y **es perpetuo**, pues no se extingue por el solo uso».

21. Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que «la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan

de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana» [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*].

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de «territorio» de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término «tierras» debe incluir el concepto de «territorios». La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

23. Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46º del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración «autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes».

24. De igual forma, en virtud de los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12], la Constitución debe estar orientada a ser considerada como un «todo» armónico en donde «toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta «optimizando» su interpretación, es decir, sin «sacrificar» ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (…)». Es por ello que lo referido al territorio indígena no puede ser interpretado sin considerar que el Estado peruano es uno e indivisible [artículo 43º de la Constitución].

25. De otro lado, el artículo 18º del Convenio 169 establece que: «La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.» En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además prescribe en el artículo 89º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales permiten ejercer su derecho a la propiedad de su

territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad. Cabe precisar, no obstante, que tal derecho de propiedad, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros.

26. Se advierte entonces que la propiedad del territorio comunal se encuentra también limitada, por lo que no pueden ignorarse cláusulas constitucionales como las precitadas. Las tensiones sobre tales límites tendrán que ser resueltas desde el desarrollo del dialogo institucional. En la siguiente sección se analizará si es que se viene vulnerando el derecho a la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas, lo cual será determinado sobre las consideraciones de los artículos 2º.16, 88º y 89º de la Constitución.

(...)

Test de proporcionalidad para resolver conflictos entre derechos de pueblos indígenas y actividades extractivas

STC 00579-2008-AA/TC
(...)

Aplicación del test de proporcionalidad

25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

26. *Análisis de idoneidad*. El establecimiento de un régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras constituye un medio adecuado para lograr el *objetivo.* La suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares sobre los activos de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria constituye, en efecto, una medida para la reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria, las mismas que como ya señaláramos atraviesan por una crisis económica, pues, tal medida evita que los acreedores de las mismas se hagan cobro de sus acreencias con los escasos recursos con que cuentan las referidas empresas, dejando en grave riesgo a los trabajadores respecto de su puesto de trabajo y la propia población del lugar, pues es claro que dichas poblaciones dependen en esencia de la actividad agroindustrial y de lo comercios y actividades colaterales que se desarrollan en torno a ella.

27. *Análisis de necesidad.* Dado que se trata de una sentencia en proceso de ejecución es fácil comprobar que no existe medida más efectiva que la propuesta por el legislador. La suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales, así como de la suspensión de ejecución de sentencias resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el *objetivo*, dado que además de los otros mecanismos descritos en la Ley 28207, no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Si bien podrían alegarse como medidas para lograr el objetivo, entre otras, la condonación de las deudas de tales empresas agrarias azucareras, no obstante ello, dichas medidas no gozan de la misma eficacia para lograr el desarrollo de la actividad azucarera, pues aunque tales medidas impedirían que las empresas disminuyan sus activos fijos, sin embargo, se perjudicaría sin lugar a dudas, los derechos de los acreedores quienes se verían imposibilitados a cobrar sus créditos para siempre.

28. El Tribunal destaca en este punto la temporalidad de la medida de suspensión de ejecución, pues si bien ésta se ha venido postergando en más de una ocasión, el artículo 1º de la Ley N° 28885, ha cerrado dicho plazo sólo hasta el 31 de diciembre de 2008 (hay que tomar en cuenta que el régimen de suspensión se inició el 19 de julio de 2003 y vencerá el 31 de diciembre del presente año según lo dispuesto por la Ley 28885, esto es una suspensión de más de 5 años). El Tribunal considera en este sentido que una nueva prórroga burlaría el examen que realiza este Tribunal en este punto, pues resultaría probado que las medidas de prórroga no son medidas eficaces para lograr la finalidad que pretende el legislador, esto es, el reflotamiento y reactivación de las referidas empresas agroindustriales. En otros términos, una nueva prorroga en los mimos términos y respecto de los mismos supuestos que acompañan a este caso, resultaría nulo *ab initio* por ser entonces sí una medida absolutamente innecesaria por inútil y significaría una intolerable postergación de los efectos de una sentencia que ya no tendría justificación alguna para no ser cumplida.

29. Ello no supone desde luego, que dada la problemática social que está detrás del presente caso, al cumplirse el plazo ya improrrogable de suspensión del cobro de acreencias de las referidas empresas, sin que estas se hayan reflotado y estén en condiciones de afrontar sus deudas, el legislador pueda intervenir, esta vez, para garantizar un adecuado orden en el pago de dichos créditos, exigiendo para el efecto que sean las propias empresas quienes alcancen un cronograma razonable de cumplimiento de obligaciones, sin dejar en suspenso los mandatos judiciales, los que deben cumplirse en sus propios términos y en base al cronograma que debe respetar las prelaciones que ordena la propia Constitución en su artículo 24º a efectos de no dejar impago bajo ninguna circunstancia, los créditos laborales o previsionales.

30. *Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*. El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la *ley de la ponderación* conforme a la cual, «Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera».

1.- Sentencia 03343-2007-PA

- 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 legitima 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 formulas 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)

2.- Sentencia 00022-2009-PI/TC[30]

- 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).

[30] Esta parte recoge un artículo publicado en: «El desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa: la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas» en: Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional, Tomo 31, julio del año 2010, Lima, Gaceta Jurídica, págs. 59-78..

- 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).

2.- Sentencia Exp. No 06316-2008-PA/TC[31]

- Los actos administrativos inconsultos expedidos luego de la ratificación del Convenio 169 de la OIT son inconstitucionales (F.J. 27).
- El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995 (F.J. 23).
- Obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar a las comunidades sobre los procesos de explotación. (f.j. 30)
- La facultad de modular los contenidos y efectos de las sentencias (El principio de la previsión de consecuencias de las decisiones jurisdiccionales) (f.j. 29)
- Los talleres informativos no son consulta previa. (f. j. 25)
- Limites al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. (f.j. 20)
- La prohibición de la imposición y de las presiones de las empresas contra los pueblos indígenas y la armonía y la paz como límites de la libertad de empresa. (f.j. 15)
- También se consulta a las comunidades colindantes (f.j. 17)

[31] Dos interesantes comentarios a esta sentencia han sido realizados por Bartolomé Clavero (http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6686#more-6686) y por Luis Huerta Guerrero (http://blog.pucp.edu.pe/item/104858/proceso-de-amparo-y-derecho-de-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas).

- La consulta previa de pueblos en aislamiento voluntario (f.j. 15)

3. Sentencia Exp. Nº 05427-2009-/TC

- 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**)**

5.- La sentencia Exp. No 00023-2009-PI/TC

- Toda norma no consultada es nula (f.j. 5).
- Necesidad de ponderar los bienes jurídicos constitucionales en tensión (f.j. 9)

6.- La sentencia exp. 00024-2009-PI/TC

- En abstracto no se definen el tema de la afectación directa (f.j. 6)
- Exigibilidad del derecho a la consulta (f.j. 7)
- Principio de coparticipación de le riqueza (f.j. 9)
- Rango constitucional (f.j. 12)
- La DNUDPI conlleva una fuerza moral y una orientación de la comunidad internacional que contiene metas y objetivos que esta impone. (f.j. 14)
- Cuando no exista contradicción entre la DNUDPI y el Convenio 169 de la OIT, la primera tiene la función de «interpretación autorizada» de esta última, de lo contrario solo tiene fuerza de soft law. (f.j. 14)
- Las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre sus tierras son canalizadas desde la perspectiva de la propiedad comunal. (f.j. 16)
- El respeto de la tierra de los pueblos indígenas exige el respeto de las costumbres de estos (f.j. 17)
- Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. (f.j. 18)
- Preservar la tierra permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas trasmitido de generación en generación. (f.j. 19)
- La posesión individual resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado. (f.j. 20)

La sentencia del TC 00025-2009-PI[32]

- La consulta previa como derecho colectivo y la identidad cultural como fundamente 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.)

Sentencia exp. 01126-2011-HC[33]

- Derecho a la propiedad no equiparable al domicilio «territorial» o «comunal». (f.j. 8)
- El Multiculturalismo es una política de Estado que pretende reconocer derechos a minorías estructuradas e identificadas por elementos culturales. (f.j. 13)
- La multiculturalidad como idea fundante de la nación y de tolerancia a la diversidad. (f.j. 14)
    - Visión integradora y reconocimiento de culturas son incompatibles con políticas de asimilación. (f.j. 15)
    - Reconocimiento de la diversidad y del pluralismo cultural debe respetar derechos fundamentales, diálogo intercultural y valores superiores constitucionales. (f.j. 16)
    - Estado y jueces deben resolver tensiones e integrar normativa en la realidad (f.j. 17)
    - Reconocimiento y contenido constitucional del derecho de propiedad (f.j. 20)
    - Propiedad desde el multiculturalismo. Consideración de lo cultural y relación con el territorio para definir la propiedad de pueblos indígenas y nativos (f.j. 21)
    - Diferencia entre tierra (Constitución) y territorio (Convenio 169 de la OIT). Dimensión política de territorio se ajusta a realidad de colectivos indígenas. (f.j. 22)
    - Colectividades indígenas tienen derecho de controlar intrusiones a su propiedad (territorio comunal) siempre que respeten derechos constitucionales. (f.j. 25)
    - Uso y disposición de las tierras por la comunidad como manifestación de su autonomía y desarrollo de su identidad cultural (f.j. 42)

[32] Este artículo fue publicado en el portal de Justicia el jueves 24 de marzo del año 2011.

[33] Hacemos nuestra la excelente sistematización de la doctrina jurisprudencial desarrollada por Gaceta Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Tomo 10, octubre 2012, Lima, 2012, pág. 30 y sgts

Sumilla de sentencias sobre el derecho a la consulta previa emitidas por cortes latinoamericanas[34]

A. ARGENTINA

Sentencia «Consejo QUOMPI - LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chacho», Cámara Contencioso Administrativa - Chaco, 21 de abril de 2006. Acción de amparo contra normas sobre registro de comunidades que no fueron consultadas

B. BOLIVIA

1. Sentencia Constitucional 0045/2006, 2 de junio de 2006. Recurso de inconstitucionalidad contra artículos de la Ley de Hidrocarburos que regulan el derecho a la consulta.

2. Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre de 2010. Recurso de amparo contra convenio que no fue consultado.

3. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012. Acción de inconstitucionalidad contra norma referida al territorio indígena

C. CHILE

1. Sentencia Rol Nº 2.840-08, Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Recurso de casación sobre el derecho al agua de las comunidades indígenas.

2. Sentencia Rol Nº 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012. Recurso de protección de garantías constitucionales contra decisión de prospección inconsulta con las comunidades indígenas.

3. Sentencia Rol N° 2211-2012, Corte Suprema, 26 de abril de 2012. Recurso de protección de garantías constitucionales contra decisión de aprobación de Estudio de Impacto Ambiental por posible afectación de derechos territoriales, culturales y participativos.

D. COLOMBIA

1. Sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Contra aprobación de licencia ambiental sobre explotación de hidrocarburos por no haber sido consultada.

2. Sentencia C-169 de 2001, 14 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Sobre norma referida a pueblos indígenas.

3. Sentencia C-418-02, 28 de mayo de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Demanda de inconstitucionalidad contra normas del *Código de Minas que no fueron consultadas.*

[34]Marśa Clara Galvis y ëngela Ramśrez, Fundaciún para el Debido Proceso, Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indśgenas a la participaciún, la consulta previa y la propiedad comunitaria, DPLF, Washington D.C. 2013 (en prensa)

4. Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería). Demanda de inconstitucionalidad contra normas del *Código de Minas que no fueron consultadas.*

4. Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Contra decisión que autoriza la fumigación de cultivos ilegales en sus territorios en forma inconsulta.

5. Sentencia C-620 de 2003, 29 de julio de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Contra decisión de crear una empresa se producción de sales que afecta derechos de pueblos indígenas,

6. Sentencia C-180 de 2005, 1 de marzo de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Demanda de inconstitucionalidad contra Ley que afecta derechos de pueblos indígenas.

7. Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Demanda de inconstitucionalidad contra norma de *Profesionalización Docente por no haber sido consultada.*

8. Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Demanda de inconstitucionalidad contra *Ley General Forestal por no haber sido consultada*

9. Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 por no haber sido consultado.*

10. Sentencia T-154 de 2009, 12 de marzo de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Contra licitación por medio de la cual se adjudicó construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería por no haber sido consultada.

11. Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Demanda de inconstitucionalidad contra norma *por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones, pero en forma inconsulta.*

12. Sentencia C-615 de 2009, 2 de septiembre de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Revisión de «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», por no haber sido consultado.

13. Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Acción de tutela como consecuencia de la suscripción de un contrato de concesión minera entre el Estado y la sociedad Muriel Mining Corporation sin previa consulta.

14. Sentencia C-063 de 2010, 4 de febrero de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Demanda de inconstitucionalidad contra disposición por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones de forma inconsulta.

15. Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Acción de tutela contra licencia ambiental contra aprobación de construcción de puerto por omisión de consulta.

16. Sentencia C-702 de 2010, 6 de septiembre de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Demanda de inconstitucionalidad contra norma que modifica Constitución Política por no haber sido consultada.

17. Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Acción de tutela contra concesión vial inconsulta.

18. Sentencia C-941 de 2010, 24 de noviembre de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Proceso de revisión constitucional contra convenio internacional inconsulto.

19. Sentencia T-1045A de 2010, 14 de diciembre de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Acción de Tutela contra licencia para explotación minera inconsulta.

20. Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Acción de tutela contra construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, contra proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, contra concesión minera para explotación de oro en Acandi y contra invasión ilegal del territorio, por omisión de consulta.

21. Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Proceso de revisión de constitucionalidad contra acuerdo internacional por omisión de consulta.

22. Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Acción de tutela contra la actitud omisiva de una alcaldía municipal frente a la grave afectación que produjo la ola invernal de 2008, ordenando que se consulten las obras a realizarse.

23. Sentencia T-282 de 2011, 12 de abril de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Acción de tutela contra desalojo de familias de comunidades indígenas desplazadas.

24. Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Demanda de inconstitucionalidad contra Ley que *modifica Código de Minas que no fue consultada.*

E. ECUADOR

1. Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010

Acción de inconstitucionalidad contra artículos de la Ley de Minería por omisión de consulta.

F. GUATEMALA

1. Sentencia Expedientes 1643-2005 y 1654-2005, 28 de febrero de 2008

Proceso de amparo promovido por empresa minera contra decisión de municipio de consultar licencia de explotación minera.

2. Sentencia Expediente 2376-2007, 28 de febrero de 2008

Acción de inconstitucionalidad promovida por Hidroeléctrica contra las disposiciones contenidas contra decisión del Concejo Municipal de convocar a sus habitantes a una consulta sobre la construcción de hidroeléctricas en su territorio.

G. NICARAGUA

1. Sentencia No. 123 de 2000, 13 de junio de 2000. Recurso de amparo interpuesto por los representantes de una Comunidad contra invasión de sus territorios.

2. Sentencia No. 107 de 2003, 20 de mayo de 2003. Recurso de amparo interpuesto por cuatro ciudadanos a nombre propio y en representación de sus comunidades indígenas contra proyecto de ley de aprobación del *Contrato para el Estudio de Factibilidad, Diseño Final, Construcción y Operación del Proyecto, Canal Interoceánico de Nicaragua por no contar* con la participación ni el consentimiento de estas.

H. PANAMÁ

1. Sentencia de 6 de diciembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo

Demanda contencioso administrativa de nulidad con el objeto de que se declare nula la aprobación de estudio de impacto ambiental para la ejecución del proyecto «Hidroeléctrica Tabasará II», pues no ha habido consentimiento de las comunidades.

Capítulo 8
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam
Sentencia del 28 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[…]

D. El derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído

118. Una cuestión que se deriva necesariamente de la afirmación de que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres es el tema del derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie. En el presente caso, tanto el Estado como los Saramaka reclaman un derecho sobre estos recursos naturales. Los miembros del pueblo Saramaka alegan que su derecho a usar y gozar de todos estos recursos naturales es una condición necesaria para el goce de su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención. El Estado argumentó que todos los derechos a la tierra, en particular los recursos naturales bajo la superficie, pertenecen al Estado, quien puede disponer libremente de estos recursos a través de concesiones a terceros. La Corte tratará esta cuestión tan compleja en el siguiente orden: primero, el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras que han poseído tradicionalmente; segundo, el otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales, incluso aquellos que se encuentran bajo la superficie, dentro del territorio Saramaka; y finalmente, el cumplimiento con las garantías establecidas en el derecho internacional en torno a las concesiones para la exploración y extracción ya otorgadas por el Estado.

119. Primero, la Corte debe analizar si, y en qué medida, los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el territorio que tradicionalmente han poseído. El Estado no objeta que los Saramaka hayan tradicionalmente usado y ocupado ciertas tierras durante siglos; tampoco objeta que los Saramaka tienen un «interés» en el territorio que han usado tradicionalmente de acuerdo con sus costumbres. La controversia existente apunta a la naturaleza y el alcance de dicho interés. De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los integrantes del pueblo Saramaka no tienen derechos a la propiedad *per se*, sino que tienen un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión (*supra* párrs. 97-115). De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución de Surinam y el artículo 2 del Decreto de Explotación Minera de 1986, los derechos de propiedad de todos los recursos naturales le pertenecen al Estado[35]. Por esta razón, el Estado alega que tiene un derecho inalienable para explorar y explotar dichos recursos. Por otro lado,

[35] Constitución de Surinam, Artículo 41 (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 28), y Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 2 (folio 120).

las leyes consuetudinarias del pueblo Saramaka presuntamente otorgan a la comunidad todos los recursos naturales que se encuentren en y subyacente al territorio tradicional o que de alguna forma estén relacionados con dicho territorio. Para sostener esta afirmación, la Corte oyó la declaración de un Capitán Saramaka respecto de que el pueblo Saramaka tiene el derecho general de «poseer todo, desde la copa de los árboles hasta los lugares más profundos que se puedan llegar debajo de la superficie»[36].

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente[37] que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio «que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí» y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (*supra* párrs. 85-96)[38]. Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo[39]. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

122. Como se mencionó anteriormente (*supra* párrs. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del

---

[36] Testimonio del Capitán Jefe y Fiscali Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8).

[37] *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra* nota 75, párr. 118.

[38] La Corte también toma nota que la Comisión Africana, así como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur han declarado que los derechos de las comunidades indígenas a las tierras deben ser entendidos de manera tal que incluyan los recursos naturales que allí se encuentren. Sin embargo, la Comisión Africana y la Corte Suprema de Canadá han observado que tales derechos no son absolutos, y que pueden ser restringidos bajo ciertas condiciones. *Cfr.* Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria,* Comunicación 155/96 (2001), párrs. 42, 54 y 55, y *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201. La Corte Constitucional de África del Sur, citando una ley interna que requería la devolución de tierras a dueños que habían sido desposeídos de éstas por políticas racialmente discriminatorias, sostuvo el derecho de un pueblo indígena a los recursos minerales que se encontraban en tales tierras. *Cfr. Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others,* CCT/1903 (14 de octubre de 2003), párr. 102.

[39] *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra* nota 75, párr. 118.

derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo[40].

123. Por ello, en el presente caso, la Corte debe determinar cuáles son los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida y que deben ser, por lo tanto, protegidos conforme al artículo 21 de la Convención. En consecuencia, la Corte debe también decidir si y en qué medida el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de aquellos y de otros recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka.

E. el otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio Saramaka

124. La Comisión y los representantes alegaron que las concesiones de tierra para la explotación forestal y minera otorgadas por el Estado a terceros sobre el territorio que el pueblo Saramaka posee, sin haber consultado plena y efectivamente con ellos, viola el derecho a los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio. El Estado alegó que toda la titularidad sobre las tierras, incluido todos los recursos naturales, pertenece al Estado y que, como tal, el Estado puede otorgar concesiones a empresas madereras o mineras dentro del territorio Saramaka, respetando lo más posible las costumbres y tradiciones de los Saramaka.

E.1) Restricciones al derecho a la propiedad

125. En consecuencia, la Corte debe decidir si, y en qué medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de los recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka. Sobre este particular, el Estado alegó que, en caso que la Corte reconociera un derecho de los miembros del pueblo Saramaka sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que les pertenecen tradicionalmente, este derecho debe limitarse a aquellos recursos que han usado tradicionalmente para su subsistencia y para las actividades culturales y religiosas. De acuerdo con el Estado, los presuntos derechos a la tierra de los miembros del pueblo Saramaka «no incluirían ningún interés sobre otros bosques o minerales más que los que la Tribu tradicionalmente posee y usa para su subsistencia (agricultura, caza, pesca, etc.) y las necesidades culturales y religiosas de sus miembros».

126. El Estado parece reconocer que los recursos relacionados con la subsistencia del pueblo Saramaka incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca. Esto es

[40] *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párrs. 124 y 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra* nota 75, párrs. 118 y 121.

consistente con el anterior análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física (*supra* párrs. 120-122). Sin embargo, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (*infra* párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (*supra* párrs. 82-83 e *infra* párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.

127. No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que «la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad». Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática[41]. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

128. Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los

[41] *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párrs. 144-145 citando *(mutatis mutandi) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155. *Cfr.*, también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra* nota 75, párr. 137.

recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal (*supra* párrs. 120-122)[42].

E.2) Garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia del pueblo Saramaka

129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante «plan de desarrollo o inversión»)[43]que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

130. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención[44]. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que «la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades

[42] *Cfr.*, e.g. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman y otros vs. Finlandia (quincuagésima segunda sesión, 1994),* Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

[43] Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

[44] *Cfr., e.g.* OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que «[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.») El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, *Política Operacional Revisada y Procedimientos del*

económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional»[45].

131. Del mismo modo, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado de Surinam[46], establece lo siguiente[47]:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

132. Aún más importante, el Comisionado de Distrito de Sipaliwini en Surinam, quien declaró ante la Corte por parte del Estado, reconoció la importancia de consultar con las autoridades tradicionales del pueblo Saramaka antes de autorizar concesiones que puedan afectar «las comunidades en las vecindades

Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10). Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. *Cfr., e.g.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra* nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP «puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan»); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a «[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado»).

[45] Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000)*, ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

[46] Por un voto de 143 a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Cfr.* http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm).

[47] La Corte observa que, al explicar la posición del Estado a favor de este texto, el representante de Surinam hizo referencia al texto del artículo 32 de esta Declaración. Al respecto, el comunicado de prensa emitido por las Naciones Unidas señaló: «[El representante de Surinam] dijo que su Gobierno aceptó el hecho que los Estados deberían buscar consultar previamente a fin de evitar desconsiderar los derechos humanos. El nivel de dichas consultas depende de las circunstancias específicas. No se deben entender a dichas consultas como un fin en si mismas, sino como un medio para servir el objetivo de respetar los intereses de aquellos que utilizaron la tierra», *supra* nota 130. *Cfr*. también http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html.

directas»[48]. Sin embargo, la Corte considera que el alcance real de las garantías respecto de las consultas y la participación de los Saramaka en los beneficios de los planes de desarrollo, requieren de una mayor aclaración.

E.2.a) Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones[49].

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre «consulta» y «consentimiento» en este contexto requiere de mayor análisis.
135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción

[48] Testimonio de Comisionado de Distrito Rudy Strijk durante la audiencia pública en la Corte los días 9 y 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 23).
[49] Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice,* la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de «consentimiento pleno e informado» requiere «como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva». *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra* nota 84, párr. 142. *Cfr.* también, los Principio del Ecuador, Principio 5.

y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.[50]

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que «[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo»[51].

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.[52]

137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el «nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión». La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

E.2.b) Beneficios compartidos

138. La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales[53], es

[50] ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra* nota 97, p. 2.

[51] ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra* nota 97, párr. 66.

[52] El CEDR ha observado que «[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades». *Cfr.* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

[53] *Cfr.* Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 130, Artículo 32.2 (señalando que «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo». *Cfr.* también O.I.T. Convenio No. 169, *supra* nota 128, Artículo 15(2) (señalando que «[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades»).

inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece que

[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

139. La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una «indemnización justa» conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

140. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también «garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa»[54]. Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar «los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutualmente aceptable en los beneficios […].[55] En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.

[54] Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, para. 16.

[55] ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra* nota 97, párr. 66.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR
SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012
(*Fondo y Reparaciones*)

VIII

FONDO

VIII.1

DERECHOS A LA CONSULTA Y A LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA

124. En el presente caso, corresponde determinar si el Estado respetó y garantizó adecuadamente los derechos del Pueblo Sarayaku que se alegan violados, al haber otorgado un contrato para exploración y explotación petrolera sobre su territorio a una empresa privada; al ejecutarse el referido contrato, y al ocurrir una serie de hechos conexos. Aún si reconoció que no efectuó un proceso de consulta previa en el presente caso, el Estado cuestionó durante el litigio su obligación de realizarlo y alegó que ciertos actos de la empresa cumplieron con la consulta a las comunidades indígenas de la zona otorgada en concesión. A diferencia de otros casos que ha conocido este Tribunal[56], en este caso no está en duda el derecho del Pueblo Sarayaku a su territorio, plenamente reconocido por el Estado mediante actos internos (*supra* párrs. 55, 61 y 62) y como hecho no controvertido en el proceso ante la Corte. A continuación la Corte analizará: a) los alegatos de las partes y b) la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con los derechos a la propiedad comunal e identidad cultural del Pueblo Sarayaku.

[56] Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66;* Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124;* Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. *Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125;* Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146;* Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, y* Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.*

A. Alegatos de las partes

A.1 Derecho a la Propiedad[57], en relación con la Obligación de Respetar los Derechos[58], la Libertad de Pensamiento y de Expresión[59] y los Derechos Políticos[60].

125. La Comisión alegó que el Estado violó los derechos reconocidos en el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13 y 23 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku y sus miembros. En particular, señaló que la legislación ecuatoriana contiene una serie de normas de rango constitucional y legal sobre derechos de los Pueblos indígenas, por la cual el Estado se obligó a adoptar medidas especiales para garantizarles el goce efectivo de sus derechos humanos, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones**.** Agregó que con base en el artículo 21 de la Convención y la jurisprudencia de los órganos del Sistema, para el momento de la firma del contrato con la CGC el Estado tenía la obligación de consultar de forma previa, libre e informada a sus miembros, para que tuvieran la posibilidad de participar en este proceso y, de considerarlo pertinente, interponer recursos judiciales. En ese sentido, también señaló que, en virtud de la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención en relación con los derechos de los pueblos indígenas y la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT, el Ecuador tenía la obligación, antes de aprobar la actualización del EIA, de consultar de forma previa, libre e informada al pueblo Sarayaku con garantías procesales específicas.

126. En relación con el artículo 13 de la Convención, la Comisión alegó que, en el marco de la consulta, el Estado debió asegurarse de suministrar información clara, suficiente y oportuna, sobre la naturaleza y el impacto de las actividades que se buscaba realizar y sobre el proceso de consulta previa, dado que en un asunto como el presente el acceso a la información es vital para un adecuado ejercicio del control democrático de la gestión estatal respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto de evidente interés público. A la vez, en relación con el artículo 23 de la Convención, la Comisión mencionó que, al no informar ni consultar al Pueblo Sarayaku sobre el proyecto que impactaría directamente su territorio, el Estado incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y de su derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los Pueblos indígenas puedan participar a

---

[57] El Artículo 21 de la Convención Americana establece: «1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley [...]».

[58] El Artículo 1.1 de la Convención Americana establece: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

[59] El Artículo 13.1 de la Convención Americana establece: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

[60] El Artículo 23 de la Convención Americana establece: «1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos [...]».

través de sus propias instituciones y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en la vida cultural y social de los Pueblos indígenas.

127. Los representantes alegaron que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por vulnerar los artículos 21, 13 y 23 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku, directamente por permitir y apoyar la incursión de terceros en territorio de Sarayaku, así como por no proteger el uso y goce de los recursos naturales que se encuentran en el mismo y son la base de su subsistencia. Alegaron las mismas violaciones que la Comisión, en atención a los siguientes hechos y circunstancias: i) el Estado no solo firmó el contrato con la petrolera sin consultar y lograr el consentimiento de la comunidad, sino también permitió y apoyó (mediante la «militarización del territorio») la incursión ilegal de la compañía CGC en el territorio, a pesar del repetido rechazo de la comunidad; ii) el uso y destrucción no autorizada del territorio por la incursión de la petrolera entre noviembre de 2002 y febrero de 2003, cuando se abrieron casi 200 kilómetros de bosque primario. Así, se habrían afectado los recursos del territorio, lo que resulta especialmente grave si se considera la relación de dependencia entre aquél y la supervivencia de la comunidad; iii) por el abandono de explosivos en el territorio, y iv) por la destrucción de zonas sagradas. Agregaron que si bien todo el territorio era sagrado, se destruyeron sitios específicos de especial valor cultural y espiritual. Así, el otorgamiento y posterior implementación de la concesión petrolera se llevó a cabo sin que el Estado garantizara la participación efectiva de los miembros de la comunidad por medio de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, según sus tradiciones y costumbres, de modo que se beneficiaran razonablemente del plan, y sin haberse realizado un estudio previo de impacto social y ambiental por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado. También alegaron que la violación del artículo 21 es agravada por no haber cumplido con las medidas cautelares de la Comisión y provisionales ordenadas por la Corte, particularmente por no haber retirado la pentolita del territorio.

128. El Estado alegó que, al suscribir el contrato de exploración y explotación petrolera con la CGC en 1996, no tenía obligación alguna de iniciar un proceso de consulta previa, ni tampoco de obtener el consentimiento libre, previo e informado de Sarayaku, dado que aún no había ratificado el Convenio Nº 169 de la OIT y que la Constitución de ese entonces no contenía disposición alguna en este sentido, por lo que, con base en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, era una obligación jurídicamente inexistente para el Ecuador. Resaltó que eso no implicaba, de modo alguno, un desconocimiento o irrespeto a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, razón por la cual el Estado adjudicó a Sarayaku el territorio, lo cual no constituye un título de propiedad ilimitado, pues de acuerdo a las disposiciones del mismo contrato de adjudicación el Estado no tiene limitada su facultad de construir vías de comunicación u otras obras de infraestructura. Además, que sus instituciones y Fuerza Pública tienen libre acceso al territorio para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Alegó además que los recursos naturales del subsuelo pertenecen al Estado y éste podrá explotarlos sin interferencias siempre y cuando el mismo se enmarque dentro de las normas de protección ecológica.

129. El Estado señaló en el proceso, asimismo, que aún si no existía una obligación de consulta previa, el Estado consideró que la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les son inherentes y el derecho a ser consultados es fundamental para su desarrollo social y cultural. Sin embargo, alegó que no existe norma alguna que faculte a las comunidades indígenas a ejercer un «derecho de veto» sobre una decisión del Estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, en especial aquellos bajo la superficie.

130. El Estado agregó que a pesar de no existir obligación alguna en ese sentido, la empresa CGC, las presuntas víctimas y otras comunidades suscribieron en agosto de 2002 un acuerdo para «desarrollar la sísmica 2D», en que se reconoce que la empresa había informado en debida, oportuna y reiterada forma sobre el proyecto de sísmica previo a su ejecución. El Estado también alegó que la empresa buscó un entendimiento con las comunidades para lograr realizar sus actividades contractuales; que se había realizado un estudio de impacto ambiental en 1997, y que además había sido oportunamente y debidamente «socializado» con las comunidades afectadas, aunque en «la práctica nunca se ejecutó». Además, al entrar en vigor la Constitución de 1998 se actualizó el Plan de Manejo Ambiental.

131. El Estado manifestó que fueron la constante y reiterada falta de colaboración y actitud reactiva de los miembros del Pueblo Sarayaku que evitaron el cabal cumplimiento de las medidas de compensación a las que se comprometió CGC. Por ello, la declaratoria de fuerza mayor continuó vigente y el contrato se dio por terminado sin que se haya extraído un solo barril de petróleo.

132. Con relación a la alegada violación a la libertad de expresión del Pueblo de Sarayaku, el Estado estimó que de los hechos del presente caso no se desprende acción u omisión que la haya menoscabado y que le sea imputable.

133. El Estado destacó que el acceso a la participación política de los pueblos indígenas, en general, había sido garantizado por aquél, con mayor plenitud a partir de los años noventa, y que los espacios de poder político que han ocupado los líderes de Sarayaku en instituciones públicas son innumerables, así como lo son los eventos electorales en los que han participado. Por otro lado, el Estado reiteró, en cuanto a la relación de la participación política con la consulta de actividades extractivas, que a la fecha de la concesión no existía un marco jurídico a nivel local o internacional aceptado por Ecuador que reconozca el derecho a la cultura como eje transversal de políticas públicas relacionadas con la extracción de recursos naturales. En consecuencia, las instancias y mecanismos de ejercicio de participación política de los pueblos indígenas, antes de emprender proyectos extractivos de recursos naturales, no se habían incorporado de manera tal que constituyera un derecho justiciable. Por último, recordó que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio Nº 169 de la OIT y el amplio catálogo de derechos constitucionales colectivos y difusos se realizaron a partir de 1998.

A.2 Derecho de Circulación y de Residencia[61]

134. La Comisión alegó que la imposibilidad del Pueblo de poder circular libremente dentro de su territorio, así como la imposibilidad de salir del mismo, todo ello con la aquiescencia y participación de agentes estatales, permiten concluir que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libre circulación, protegido por el artículo 22 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku. En concreto, la Comisión consideró que el Estado tenía pleno conocimiento del problema de libre circulación que afectó al Pueblo Sarayaku, pero no ofreció ni implementó medidas de protección necesarias y suficientes para subsanar esta situación. Al respecto la Comisión recordó que el desplazamiento

[61] *El Artículo 22 de la Convención Americana establece: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público [...]».*

por vía fluvial a través del río Bobonaza es el más usado por los miembros del Pueblo, quienes no pueden usar la pista aérea debido a que durante muchos años no habría tenido las condiciones necesarias para que los aviones puedan despegar o aterrizar. Asimismo, la Comisión alegó que el Estado es responsable por haber impedido, a través de destacamentos militares, el libre tránsito y circulación de los miembros del Pueblo. Por último, también mencionó que la colocación de explosivos en el territorio de la comunidad ha impactado la libre circulación de los miembros, reduciendo las áreas en que podrían buscar alimentos y procurar su subsistencia.

135. Los representantes alegaron, con base en lo anterior, que la violación se configura, en primer lugar, por la falta de protección del Estado para garantizar la libertad de circulación de Sarayaku por el río Bobonaza y por su propio territorio, a pesar de tener conocimiento de ataques y restricciones a este derecho por parte de terceros. Además, la libertad de Sarayaku para transitar por el río se vio directamente limitada por efectivos militares instalados en Jatun Molino en enero de 2003. Alegaron que la policía reconoció que los bloqueos eran utilizados por la comunidad de Canelos como medida de represión contra Sarayaku por su oposición a la actividad petrolera. Los representantes afirmaron que estas restricciones resultaban desproporcionadas, pues los Sarayaku ejercían su derecho de circulación por el medio necesario de acceso a su territorio sin afectar a terceros. Además, recordaron que estos hechos revisten mayor gravedad, toda vez que el asentamiento del Pueblo en la selva amazónica es de difícil acceso. Por último, alegaron que el Estado no investigó ni sancionó los ataques por parte de terceros contra la libertad de circulación

136. El Estado alegó que la Comisión y los representantes no remitieron pruebas concluyentes que permitan establecer fehacientemente que ha existido vulneración alguna, y que por el contrario, queda demostrado que el Estado ha garantizado éste y otros derechos del Pueblo. Además manifestó que la adjudicación realizada en 1992 por el IERAC claramente establece que aquella no afecta la libre circulación. Además, alegó que durante los siete años de vigencia de las medidas provisionales, «no se han registrado hechos lamentables».

A.3 Derechos Económicos, Sociales y Culturales[62]

137. Los representantes sostuvieron que Ecuador vulneró el derecho a la cultura de los miembros del Pueblo Sarayaku, contenido en el artículo 26 de la Convención, en relación al artículo 1.1 del mismo instrumento. Alegaron que la concesión sin consulta a un tercero por parte del Estado sobre el territorio del Pueblo vulneró su derecho a la cultura, dada la especial vinculación con su territorio. Además, mencionaron que dicha violación se configuró por la falta de medidas por parte del Estado, ante la entrada de la empresa, para proteger y resguardar zonas sagradas, de valor cultural así como los usos tradicionales, la celebración de ritos y otras actividades cotidianas que forman parte de su identidad cultural, que ocasionaron graves quebrantamientos a aspectos fundamentales de la cosmovisión y cultura de Sarayaku. Mencionaron que la paralización de las actividades cotidianas del pueblo y la dedicación de los adultos a la defensa del territorio tuvo un impacto profundo en la enseñanza a niños y jóvenes de las tradiciones y ritos culturales, así como en el aprendizaje y perpetuación del conocimiento espiritual de los sabios.

---

[62] *El Artículo 26 de la Convención Americana establece: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».*

138. La Comisión no alegó una violación del artículo 26 de la Convención ni se refirió a estos alegatos de los representantes.

139. El Estado alegó que no había violación del artículo 26 de la Convención. Afirmó que el derecho a la cultura es una preocupación esencial del Estado y que algunos de los indicadores más importantes de esta preocupación se pueden encontrar en la institucionalidad que el Ecuador ha incorporado en armonía con los preceptos constitucionales. El Estado también alegó que los representantes presentan la definición de cultura «a partir de una noción étnica fija» y que por lo tanto «no advierten la integralidad y polisemia de la dimensión cultural de los pueblos indígenas, en general de cualquier componente de socialización humana, sea urbana o rural».

A.4 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno[63]

140. La Comisión alegó que el Estado no adoptó las disposiciones de derecho interno para garantizar el derecho de acceso a la información y el derecho a la consulta previa, por lo que es responsable por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención. En particular, la Comisión observó que el Decreto No. 1040 de abril de 2008 no hace referencia alguna al derecho de acceso a la información o al derecho a la consulta previa de los Pueblos indígenas, de acuerdo con las disposiciones internacionales aplicables, ni exige que la entrega de información en los denominados «mecanismos de participación social» sea accesible, suficiente y oportuna en los términos que han sido descritos en la presente demanda. Además, a pesar de que tanto la Constitución de 1998 como la de 2008 consagran el derecho a la consulta previa, a la fecha de la demanda el Ecuador no contaba con mecanismos y procedimientos específicos que desarrollen adecuadamente el marco establecido en la nueva Constitución Política, el Plan Nacional de Derechos Humanos y el Convenio No. 169 de la OIT.

141. Los representantes coincidieron esencialmente con lo expresado por la Comisión en relación con la violación al artículo 2 de la Convención.

142. El Estado por su parte consideró que no había violado el artículo 2 de la Convención y destacó que la Constitución se encuentra en pleno proceso de armonización con leyes, reglamentos y otros cuerpos normativos, y que los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran incorporados en todas las reformas tanto sustantivas como adjetivas.

A.5 Obligación de Respetar los Derechos

143. Los representantes y la Comisión plantearon que el Estado es responsable por las alegadas violaciones, anteriormente referidas, en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

144. El Estado alegó que no violó el artículo 1.1 de la Convención. En particular, alegó que, en cuanto a la prevención de violaciones a derechos humanos, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha sido creado precisamente para aproximar a la ciudadanía y al Estado en un sistema de respeto de

[63] *El Artículo 2 de la Convención Americana establece: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».*

derechos y de garantías. También manifestó, «[e]n relación a la investigación de delitos y de violencia que puede vulnerar los derechos de las personas, [que] la Fiscalía General de la Nación ha desarrollado un sistema denominado de «*Fiscales Indígenas*» al conocer del kichwa y el castellano, y de otros idiomas reconocidos constitucionalmente «facilitan enormemente las labores de recolección de pruebas y esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos». El Estado también señaló que en las comunidades vecinas a Sarayaku y en la misma comunidad, «cuando no son impedidos por los pobladores de ella», los fiscales indígenas han cumplido un importante papel. Por último, manifestó que los representantes no han demostrado exhaustivamente que el Estado haya violado obligaciones generales de carácter *erga omnes*.

B. La obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con los derechos a la propiedad comunal indígena e identidad cultural del Pueblo Sarayaku

B.1 El derecho a la propiedad comunal indígena

145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos[64]. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad[65]. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas[66].

146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural,

---

64 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *párr. 148, y* Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, *párr. 85. Además, Comisión Interamericana,* Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.*

65 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Vs. Nicaragua*, párr. 149 y* Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrs. 85 a 87.*

66 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 120 y* Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 87.*

estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados[67].

147. Además, la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales[68]; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma[69].

B.2 La relación especial del Pueblo Sarayaku con su territorio

148. Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura[70]. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales[71].

149. En el presente caso, la Corte constata que no está en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, lo cual fue expresamente reconocido por el Estado mediante adjudicación realizada el 12 de mayo de 1992 (*supra* párr. 61). Sin perjuicio de lo anterior, además de lo señalado en la parte de hechos (*supra* párrs. 51 a 57), la Corte considera pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio, para comprender más integralmente las afectaciones ocasionadas en el presente caso.

150. El señor Sabino Gualinga, *Yachak* de Sarayaku, declaró durante la audiencia que «Sarayaku es una tierra viva, es una selva viviente; ahí existen árboles y plantas medicinales, y otros tipos de seres» [72]. Anteriormente, había manifestado:

En el subsuelo, *ucupacha*, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El *caipacha* es donde vivimos. En el *jahuapacha* vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuantos *pachas* hay arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha

---

[67] Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 124, 135 y 137, y* Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 118 y 121.*

[68] Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 164.*

[69] Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 73.61 a 73.74, y* Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrs. 205, 207 y 208.*

[70] Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 154, y* Caso Xkamok Kasek Vs. Paraguay*, párr. 113.*

[71] Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 132, y* Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 113.*

[72] *Testimonio rendido por Sabino Gualinga ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011.*

donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro *pacha* donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al *jahuapacha*. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá[73].

151. El mismo señor Gualinga había relatado en un testimonio anterior que «es intolerable el exterminio de la vida; con la destrucción de la selva se borra el alma, dejamos de ser indígenas de la selva»[74].
152. El actual Presidente de Sarayaku, José Gualinga, refirió que en esa «selva viviente» hay «ruidos y fenómenos especiales» y es la «inspiración donde, cuando estamos en esos lugares, sentimos una forma de suspiro, de emoción, y así cuando regresamos a nuestro pueblo, a la familia, nos sentimos fortalecidos»[75]. Esos espacios «son los que nos dan la potencia, la potencialidad y la energía vital para poder sobrevivir y vivir. Y todo está entrelazado entre las lagunas, las montañas, los árboles, los seres, y también nosotros como un ser viviente exterior»[76]. Además, declaró: «[H]emos nacido, hemos crecido, nuestros ancestros vivieron en estas tierras, nuestros padres, o sea, somos originarios de estas tierras y nosotros vivimos de este ecosistema, de este ambiente»[77].
153. Para los Sarayaku existe una relación íntima entre el *Kawsak Sacha* o «selva viva» y sus miembros. Según la señora Patricia Gualinga:

Es una relación íntima, es una relación de convivencia armónica, el *Kawsak Sacha* para nosotros es la selva que es viva, con todo lo que ello implica, con todos sus seres con toda su cosmovisión, con toda su cultura en la cual nosotros estamos inmiscuidos. […] Estos seres son muy importantes. Ellos nos mantienen con la energía vital, ellos mantienen el equilibrio y la abundancia ellos mantienen todo el cosmos y están conectados entre sí. Estos seres son indispensables no sólo para Sarayaku, sino para el equilibrio amazónico y están conectados entre sí, y por eso Sarayaku defiende tan arduamente su espacio de vida[78].

154. Durante la audiencia pública, el perito Rodrigo Villagra Carron señaló que «el territorio, el conocimiento, las posibilidades, la potencialidades productivas, pero también de reproducción humana que tienen, están íntimamente relacionadas»[79]. De igual modo, al considerar que, «de la particular relación entre cada grupo cultural y la naturaleza, depende su identidad cultural, que se expresa en las más variadas prácticas de manejo, protección, uso o extracción primaria de recursos naturales, bienes o servicios de los ecosistemas». En el mismo sentido, el perito Víctor López Acevedo afirmó que «para Sarayaku no es aceptable depender del Estado ni de grupos internos que demanden bienes, porque ellos entienden que el territorio es su mayor patrimonio, en el sentido de que dentro de éste yacen todos los elementos materiales que

---

[73] *FLACSO,* Sarayaku: el Pueblo del Cénit*, pág. 96, (expediente de Prueba, tomo 11, folio 6678).*
[74] *FLACSO,* Sarayaku: el Pueblo del Cénit*, folio 6729.*
[75] *Testimonio rendido ante fedatario público por José María Gualinga Montalvo, de 27 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folio 10016).*
[76] *Testimonio rendido ante fedatario público por José María Gualinga Montalvo, folio 10016.*
[77] *Testimonio rendido ante fedatario público por José María Gualinga Montalvo, folios 10028-10029. Véase asimismo Testimonio rendido ante fedatario público por Franco Tulio Viteri Gualinga, de 27 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folios 9994 a 9995).*
[78] *Testimonio rendido por Patricia Gualinga ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011.*
[79] *Peritaje rendido por el Antropólogo Rodrigo Villagra ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 7 de julio de 2011.*

determinan una apropiada reproducción social y donde se fundan los seres que representan sus creencias espirituales, lo que constituye valores diferentes a los de la sociedad envolvente, pero que constituyen su razón de ser y su razón de vivir»[80].

155. Los hechos probados y no controvertidos en este caso permiten considerar que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

B.3 Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal

156. La Corte Interamericana ha señalado que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertas pautas. Así, «cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles»[81], las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática sin implicar una denegación de la subsistencia como pueblo[82]. Asimismo, el Tribunal ha precisado que tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de una comunidad indígena, además de los criterios mencionados, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena[83].

157. Es por lo anterior que, en el caso *Saramaka* vs. *Surinam*, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones[84].

158. En este caso no han sido presentados alegatos específicos en relación con los referidos criterios para determinar la admisibilidad o validez de las restricciones a la propiedad comunal del territorio Sarayaku o en relación con una de las medidas de salvaguarda, cual es el requisito de compartir beneficios. En consecuencia, la Corte no analizará estos temas y pasará a referirse al derecho a la consulta.

---

[80] *Peritaje rendido por el antropólogo Prof. Víctor López Acevedo ante fedatario público, de 29 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folios 10145-10146).*

[81] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 144. Véase asimismo* Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, párr. 128.*

[82] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, párr. 128. En igual sentido,* Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 144 y 145.*

[83] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, párr. 129.*

[84] Cfr Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*,* Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos*, párr. 129 y* Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. «Interpretación de la Sentencia» de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párrs. 25 a 27.*

B.4 La obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (*infra* párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática[85].

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios[86].

161. En otras oportunidades[87], este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2

---

[85] En relación con esto, a modo de ejemplo, en su Sentencia C-169/01 la Corte Constitucional de Colombia afirmó: «Ya ha dicho la Corte que «el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior» (sentencia C-089/94, ibídem). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del «Estado» y la «Sociedad Civil», y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel».

[86] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka*,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 134. Asimismo, véase Convenio Nº 169 de la OIT, artículos 6 y 17, y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19, 30.2, 32.2 y 38.*

[87] Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 114,* Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros), Fondo*, párr. 193 y* Caso de los Hermanos Goìmez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, paìrr. 165.*

de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento)[88]. Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría «abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano»[89], aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección[90]. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua[91], Paraguay[92] y Surinam[93], por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio Nº 169 de la OIT[94].

162. En este sentido, la jurisprudencia reiterada de este Tribunal desde el *caso Yakye Axa Vs Paraguay* es aplicable al presente caso:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en

---

88 Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 113;* Caso de los «Niños de la Calle» (Villagraìn Morales y otros) Vs. Guatemala*,* Fondo*, paìrrs. 192 y 193, y* Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 78.*

89 «Otros Tratados» Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 21;* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44, y* Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 22.*

90 Cfr. Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño*, párr. 22. Ver asimismo* El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 109, y* «Otros Tratados» Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *párrs. 14, 32 y 38. Además, «[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.»* «Otros Tratados» Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 48, y* Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño*, párr. 22.*

91 Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *párrs. 148 a 153.*

92 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 138 a 139; Caso* Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 122 a 123, y* Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 143.*

93 Cfr. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 106 a 117, y* Caso de la Comunidad Moiwana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 86.39 a 86.41.*

94 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 125 a 130;* Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 93 y 94, y* Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 117.*

el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.[95]

163. El Convenio Nº 169 de la OIT se aplica, *inter alia*, 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»[96], y por el cual los Estados «deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad»[97]. Los artículos 13 a 19 de dicho Convenio se refieren a los derechos de esas poblaciones sobre sus tierras y territorios» y los artículos 6, 15, 17, 22, 27 y 28 regulan las distintas hipótesis en las cuales debe ser aplicada la consulta previa libre e informada en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectarlas.

164. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina[98], Bolivia[99], Chile[100], Colombia[101], Estados Unidos[102], México[103], Nicaragua[104], Paraguay[105],

---

[95] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 51 y* Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 59 a 60.*

[96] *Convenio Nº 169 de la OIT, Artículo 1.1.a.*

[97] *Convenio Nº 169 de la OIT OIT, Artículo 2.*

[98] *La Constitución Nacional de la República Argentina del año 1994, en su artículo 75.17, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y declara que ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Además, la misma disposición asegura la participación de pueblos indígenas «en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten».*

[99] *En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados «mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan» (art. 30.II.15). Además de las disposiciones constitucionales, la normatividad interna boliviana hace numerosas referencias al derecho a la consulta previa como por ejemplo la Ley No. 3058 de 19 mayo de 2005, el artículo 78 de la Ley No. 1333 del Medio Ambiente del 27 de abril de 1992, y el Decreto Supremo No. 29033 del 16 de febrero de 2007 mediante el cual se reglamentó el proceso de Consulta Previa, y en particular su artículo 4 que agrega los principios de integralidad y participación.*

[100] *En Chile, el artículo 34 de la* Ley Indígena *No. 19.253 del año 1993 establece que los «servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley».*

[101] *La Constitución Política de Colombia establece en el parágrafo del artículo 330 que «[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades». Además la normatividad colombiana se refiere en varias disposiciones a la consulta previa:* Ley General Ambiental de Colombia*, Ley No. 99 de 1993, cuyo artículo 76 regula los modos y procedimientos de participación de las Comunidades Indígenas y Negras en el marco ambiental; Decreto No. 1397 de 1996; Ley No. 70 de 1993, artículo 44; la Directiva Presidencial No. 01 de 2010; el Decreto No. 1320 de 1998, el Decreto Ley No. 200 del 3 de febrero de 2003, el Decreto No. 1220 del 21 de abril de 2005, el*

Perú[106] y Venezuela[107], se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio Nº 169 de la OIT[108] se

---

.../Decreto No. 4633 de 2011 y el Decreto No. 4633 del 9 de diciembre de 2011.

[102] En Estados Unidos, el derecho a la consulta previa estuvo codificado en el Decreto de Noroeste aprobado por el Congreso en 1787. En dicha normatividad, el artículo III estableció que los territorios de las poblaciones indígenas nunca «podrán ser invadidas o perturbadas, al menos que sea en virtud de una declaración de guerra ordenada por el Congreso» (traducción de la Secretaría). Además, la obligación de llevar a cabo una consulta previa se encuentra establecida en la National Historic Preservation Act *de 1966, 16 U.S.C. §§ 470(a)(d)(6)(B) & 470(h) (1992); el* National Environmental Policy Act *(NEPA); el* Native American Graves Protection and Repatriation Act *de 1990 §3(c); la* EPA Policy for the Administration of Environmental Programs on Indians Reservations *de 1984, y en la* Ley de Libertad Religiosa de Indígenas Norteamericanos *de 1978. Véase asimismo la Orden Ejecutiva 12875 (1993), en la cual se estipuló que el Gobierno Federal necesita consultar a las Comunidades Tribales sobre aspectos que les afecten de manera significativa; la Orden Ejecutiva 13007 (1996), en la cual se estipuló que las agencias federales deben permitir el acceso a lugares sagrados y evitar acciones que causen daños a la integridad de esos lugares, y la Orden Ejecutiva 13175 (2000), que estableció como política de Gobierno que se deben llevar a cabo consultas regulares con las comunidades antes de implementar políticas federales que las afecten.*

[103] La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que «[l]a Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos [...][:] IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen». (Título Primero, Capítulo 1, artículo 2.B.IX). Véase asimismo, Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas *de 21 de mayo de 2003,* Ley de Planeación *de 13 de junio de 2003;* Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas *de 13 de marzo de 2003. Del mismo modo, varios Estados de México promulgaron normatividad que se refiere a la consulta previa:* Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí *de 8 de julio de 2010;* Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche *de 15 de junio de 2000;* Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango *de 22 de julio de 2007;* Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro *de 24 de julio de 2009;* Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas *de 29 de julio de 1999;* Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla *de 22 de julio de 2011;* Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos *de 18 de enero de 2012;* Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit *de 18 de diciembre de 2004;* Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado, sobre los Derechos y la Cultura Indígena *de 13 de septiembre de 2003, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí de 11 de julio del 2003;* Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave *de 3 de noviembre de 2010;* Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y las Comunidades Indígenas del Estado de Jalisco *de 11 de enero de 2007;* Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango *de 22 de julio de 2007;* Ley Numero 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de *Guerrero de 8 de abril de 2011;* Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California *de 26 de octubre de 2007; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, artículo 64; Constitución Política del Estado de Durango de 22 de febrero de 2004; Constitución Política del Libre y Soberano Estado de Jalisco de 29 de abril de 2004; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México de 10 de septiembre de 2002; Constitución política del estado libre y*

han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina[109], Belice[110], Bolivia[111], Brasil[112], Chile[113], Colombia[114], Costa Rica[1115],

---

soberano de Puebla de 10 de diciembre de 2004 y Ley de Derechos, Cultura y Organización -Indígena del Estado de Quintana Roo *de 20 de noviembre de 1996.*

[104] La Constitución Política de la República de Nicaragua dispone que «[l]as comunidades de la Costa Atlántica [...] tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones». Además, agrega que «[e]l Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales» (Título IV: Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo VI: Derechos de las Comunidades de la Costa Atlántica, artículo 89). Asimismo, «[e]l Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados» (Título IX: División Político Admnistrativa, Capítulo II: Comunidades de la Costa Atlántica, artículo 180). . Además, la Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz *estipula en su artículo 3 que la consulta consiste en la «entrega de la información técnica de la operación o el proyecto seguido del proceso de discusión y decisión sobre los mismos; durante los cuales las comunidades deberán contar con traductores los que traducirán en sus lenguas todo lo dicho durante este proceso y estar asistidas por técnicos en la materia».*

[105] La Constitución Política de Paraguay de 1992 establece en su artículo 64 que los pueblos indígenas «tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida».

[106] La Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo del año 2011 establece, entre otros, que el derecho a la consulta previa «[e]s 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» y que «[t]ambién corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos» (artículo 2). Véase asimismo la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, artículo 72.2, y el Decreto Supremo N° 012-2008-EM, «Aprueban Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos» artículo II: Objeto y Naturaleza de la Participación.

[107] La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispone en su Artículo 120 que «[e]l aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley». Por su lado, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas *de 8 de diciembre de 2005 estipula que «[t]oda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser consultada con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. La consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley. Toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, estará sujeta al procedimiento de información y consulta previa, conforme a la presente Ley».*

[108] Los siguientes países de la región han ratificado el Convenio Nº 169 de la OIT: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

[109] La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas «debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada

con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores», y «[l]a relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también [...] de los vinculados con la «protección judicial» prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional» (CSJN, «Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo» de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, a la p. 4). Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, señalando que la misma es, «en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios». El mismo Tribunal agregó que el «reconocimiento [del derecho a la consulta previa] surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que, por factores ligados a su identidad cultural, se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos» (TSJN, Acuerdo nº 6 en autos «Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquen s/ acción de inconstitucionalidad» del 25 de octubre de 2010, Expte. No. 1090/04). Véase asimismo Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, Expte No. 102.631, sentencia del 18 de mayo de 2012.

[110] La Corte Suprema de Belice señaló que «aunque Belice todavía no ha ratificado el Convenio No. 169 de la [OIT] [...], no hay duda de que el artículo 14 de ese instrumento contiene disposiciones sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas que reflejan los principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas». Corte Suprema de Belice, Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros Vs. Procurador General de Belice y otros*, casos 171 y 172 de 2007. Sentencia de 18 de octubre de 2007.*

[111] El Tribunal Constitucional de Bolivia se pronunció en varias oportunidades sobre el derecho a la consulta previa. En particular, señaló que «el respeto por parte del Estado de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, en especial los relativos a sus tierras de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que ésta alberga; efectivizan una garantía de protección de los pueblos indígenas por las especiales características de éstos, entre ellas, las condiciones económicas sociales que los distinguen del resto de la comunidad nacional, se rigen por sus propias costumbres o tradiciones, tienen conciencia de su pertenencia a dicha comunidad y merecen un reconocimiento formal como tal por parte de los órganos del Estado». Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. II.5.3. Véase asimismo Expte. No. 2008-17547-36-RAC, sentencia de 25 de octubre de 2010, III.5: «La consulta, de acuerdo al art. 15.2 del Convenio Nº 169 de la OIT se extiende a los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, al señalar que cuando la propiedad de los minerales o 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 esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en esas tierras».

[112] El Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão dispuso que «[e]l Estado no puede desconocer la protección constitucionalmente elegida como uno de los objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil», es decir, «promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, edad o cualquier otra forma de discriminación» (Constitución Federal de 1988, art. 3º, IV), incluyendo así a las comunidades afrodescendientes tradicionales (comunidades remanentes de quilombos), máxime cuando, como lo destaca el representante del Ministerio Público, el Estado brasileño ha confirmado su intención de establecer políticas públicas

Ecuador[116], Guatemala[117], México[118], Perú[119] o Venezuela[120] han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el

dirigidas al combate contra la discriminación de los modos de vida tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, al publicar el Decreto Legislativo nº 43/2000, ratificando el Convenio Nº 169 de la OIT. Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão (Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara), Joisael Alves e outros Vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*, Sentencia nº 027/2007/JCM/JF/MA, Proceso nº 2006.37.00.005222-7, sentencia de 13 de febrero de 2007.*

[113] La jurisprudencia de Chile se ha referido al derecho a la consulta previa, señalando que en un caso en donde una municipalidad procedió a intervenir en un Cerro para la explotación de árboles, sin consultar a las comunidades indígenas interesadas, se «ha[bía] vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación». Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, 10 de agosto de 2010.

[114] Sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que «es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, párr. 5.1). Además, el mismo Tribunal señaló que el deber de consulta a cargo del Estado es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura (Sentencia C 169/01, párr. 2.3).

[115] La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que la «Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los hombres» (Considerando III). Sobre la consulta a Pueblos indígenas, estableció que «cualquier medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados debe ser objeto de consulta con ellos» (Considerando IV, cursivas y negritas en el original). En ese sentido, recordó que por el rango normativo que le concede la Constitución Política en su artículo 7, el Convenio Nº 169 de la OIT tiene autoridad superior a las leyes y por lo tanto, su protección recae dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional (Considerando III). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2011-1768 de 11 de febrero de 2011, Recurso de Amparo. Véase también, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2000-08019, 8 de septiembre de 2000.

[116] La Corte Constitucional del Ecuador se ha referido a la consulta previa en su jurisprudencia, al señalar que «[l]a consulta pública es otro de los aspectos importantes vinculados al manejo ambiental, y es que la participación de la población debe expresarse en las diferentes etapas de este manejo, esto es, en la planificación, normativa, desarrollo de estudios de impacto ambiental, vigilancia y legitimidad procesal; debe estar habilitada para accionar diferentes demandas ante las instancias administrativas o judiciales» (Caso de los Pantanos Secos de Pastaza, No. 222-2004-RA, Sentencia de 9 de junio de 2004, Considerando Décimo Segundo). Por otro lado, señaló que «toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad» y que «la participación ciudadana en la gestión ambiental [...] se toma indispensables en tanto es precisamente la comunidad, la que afrontará las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno» (Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá, No. 679-2003-RA, Considerando Sexto).

[117] La Corte de Constitucionalidad de Guatemala se refirió al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas subrayando que el mismo consiste esencialmente en «un derecho fundamental de carácter

Convenio Nº 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como

colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios». La Corte agregó que «[s]u reconocimiento surge como resultado de la conciencia de la necesidad de abogar de manera especial por la salvaguardia de los intereses de las poblaciones humanas que por factores ligados a su identidad cultural se han visto relegadas de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales en general. En ese orden de ideas, se erige como garantía de igualdad o mecanismo de equiparación, en cuanto a la aptitud real de dichas poblaciones de pronunciarse e influir sobre las disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano que la que corresponde a cualquier grupo de ciudadanos» (Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, apartado V).

[118] Cfr. *Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 781/2011. María Monarca Lázaro y otra. 14 de marzo de 2012. Porotro lado, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicana invocó el Convenio Nº 169 de la OIT para determinar que la ausencia de consulta a una comunidad indígena sobre la realización de elecciones se toma como indicio de falta de diligencia por parte de las autoridades, que determinó, en el caso concreto, entre otros factores, la decisión del Tribunal en el sentido de considerar indebidamente motivado el acto de postergación de las elecciones según el derecho consuetudinario indígena. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,* Joel Cruz Chávez y otros Vs. Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otras, *SUP-JDC-11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007.*

[119] *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha referido al derecho a la consulta previa en varios de sus fallos. En particular, el Tribunal ha señalado que en casos de explotación de recursos naturales «se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades» y que «no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados». Además, la misma sentencia señaló que «el inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena» (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. No. 0022 2009 PI/TC, párrs. 23 y 41). Además, la Corte estableció que el derecho a la identidad étnica comprende «[e]l derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles» (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. No. 03343-2007-PA/TC, párr. 30).*

[120] Cfr. *Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Expte. No. 2005-5648, del 6 de diciembre de 2005.*

Canadá[121]o Estados Unidos de América[122], o de fuera de la región como Nueva Zelanda[123]. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de

---

[121] *Con respecto a los derechos territoriales de las poblaciones indígenas, la Corte Suprema de Canadá manifestó que «[e]l honor de la Corona requiere que estos derechos sean determinados, reconocidos y respetados. Esto último requiere que la Corona actúe de forma honorable y participe en procesos de negociación. Durante ese proceso, el honor de la Corona puede requerir una consulta, y cuando se indique, considerar los intereses de la población indígena» (*Haida Vs. British Columbia (Minister of Forests) *[2004] 3 S.C.R. 511, párr. 25). En lo que respecta a la obligación de consultar, la Corte estableció la naturaleza y el alcance del deber de consultar podrá variar según las circunstancias y que en todos de los casos la obligación de consultar debe ser ejercida de buena fe y con la intención de considerar las intereses de la población indígena cuyos territorios están en juego. También determinó que la misma consulta nacía toda vez que el Estado se propone establecer restricciones a la propiedad indígena (*Haida Vs. British Columbia, *párr. 35). Además, la obligación de llevar a cabo una consulta implica un proceso de escucha, con una mente abierta, sobre lo que el grupo indígena tiene que decir y estar preparado para cambiar la propuesta original. Del mismo modo, la Corte Suprema de Canadá determinó que la obligación de consultar previamente era un deber del Estado que se incrementaba proporcionalmente a la gravedad de la afectación del derecho del cual se trate (*Haida Vs. British Columbia*, párrs. 39 y 68). Por último, el alto Tribunal también determinó que la propuesta de intervención en territorio indígena por parte del Estado no requiere de un impacto inmediato sobre los territorios o recursos de la las Comunidades indígenas para que nazca la obligación de consultar, es suficiente con que la actividad el Estado tenga potencialmente un impacto negativo sobre los derechos territoriales de la Comunidad indígena (*Rio Tinto Alcan Inc. Vs. Carrier Sekani Tribal Council *[2010] 2 S.C.R 650, párrs. 31 y ss).*

[122] *En un caso de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos de 1986, la Corte sostuvo que el concepto de consulta requiere una discusión previa con un ejecutivo o líderes de la comunidad o con quienes tienen la autoridad inequívoca a representar la tribu a la agencia. (*Hoopa Valley Tribe Vs. Christie*, 812 F.2d 1097 (1986)). En otro caso de 1979, la Corte estableció que la falta de consulta previa no puede ser subsanada por una reunión posterior a la decisión (*Oglala Sioux Tribe of Indians Vs. Andrus*, 603 F.2d 707 (1979)). Asimismo, véase* Lower Brule Sioux Tribe Vs. Deer*, 911 F.Supp. 395 (D.S.D. 1995);* Klamath Tribes Vs. U.S.*, 1996 WL 924509;* Confederated Tribes and Bands of the Yakama Nation Vsv. U.S. Department of Agriculture*, 2010 WL 3434091, y* Quechan Tribe vS. Department of Interior*, 755 F.Supp.2d 1104.*

[123] New Zealand Maori Council Vs. Attorney General [1987] 1 NZLR 641; Gill Vs. Rotorua District Council [1993] 2 NZRMA 604, Haddon Vs. Auckland Regional Council [1993] A77/93, *y* Aqua King Limited Vs. Malborough District Council [1995] WI9/95.

todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos[124]. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia[125]. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes[126].

---

[124] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. *Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y* Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 47.*

[125] *En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio Nº 169 de la OIT, dispone que «[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, [...] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan». Del mismo modo, el artículo 36.2 de la* Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas *establece que «los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho». Por otro lado el artículo 38 del mismo instrumento dispone que «[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la [...] Declaración».*

[126] Cfr. *Artículos 6, 15, 17.2, 22.3, 27.3, y 28 del Convenio Nº 169 de la OIT y artículos 15.2, 17.2, 19, 30.2, 32.2, 36.2 y 38 de la* Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

168. En el caso del Ecuador, su Constitución Política vigente (del año 2008) protege en forma comprehensiva los derechos de las poblaciones indígenas[127]. Incluso el perito Anaya señaló durante la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte que dicha Constitución es «una de las más avanzadas» y una de las «ejemplares del mundo»[128]. Además, en varias normas de legislación ecuatoriana emitida entre los años 2000 y 2010 se refuerza el reconocimiento de los derechos a la propiedad, entre otros, de los Pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, así como de los Pueblos negros o afroecuatorianos, y se establecen obligaciones de consultar en una serie de supuestos a cargo de instituciones públicas[129]. De tal manera, en el Ecuador se encuentra hoy en día plenamente reconocido el derecho a la consulta.

---

[127] *La Constitución del Estado del Ecuador del año 2008 entró en vigencia el 20 octubre de 2008. El artículo 57 de la misma establece que «se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; […] 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley; 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad; 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; […] 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado; 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, [y…] 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley. […]».*

[128] *Peritaje de James Anaya durante la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte el 7 de julio de 2011.*

[129] *La* Ley de Desarrollo Agrario *de 16 de abril de 2004, artículos 3 y 49, establece,* inter alia*, que «la presente ley procura otorgar la garantía de seguridad en la tenencia individual y colectiva de la tierra y busca el fortalecimiento de la propiedad comunitaria orientada con criterio empresarial y de producción ancestral. […] El Estado protegerá las tierras del INDA [Instituto Nacional de Desarrollo Agrario] que se destinen al desarrollo de las poblaciones montubias, indígenas y afroecuatorianas y las legalizará mediante adjudicación en forma gratuita a las comunidades o etnias que han estado en su posesión ancestral, bajo la condición de que se respeten tradiciones, vida cultural y organización social propias».* Cfr. Ley de Desarrollo Agrario*, codificación 2004-02, Publicada en suplemento del Registro Oficial No. S-315, del 16 de abril de 2004 (expediente de prueba, tomo 8, folio 4082 y ss.). En ese mismo mes, fue adoptada la* Ley de Organización y Régimen de las Comunas *(codificación 2004-04, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 315, de abril de 2004, expediente de prueba, tomo 8, folio 4098) que establece, en su artículo 3, que «se garantiza el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales y de los pueblos negros o afroecuatorianos, así como, de las comunidades que forman parte de estas colectividades de acuerdo a lo dispuesto en […] la Constitución». El 16 de abril de 2004 fue adoptada la* Ley de Tierras Baldías y Colonización *(codificación 2004-03, publicada en Suplemento del Registro Oficial 315, de abril 16 de 2004, expediente de prueba, tomo 8, folio 4119), en la cual se menciona que «[n]o se considerarán tierras baldías, las tierras comunitarias de posesión ancestral de los pueblos indígenas que se autodefinen*

169. En el presente caso, el 26 de julio de 1996 el Estado firmó un contrato de participación con la empresa CGC para la exploración y explotación de petróleo crudo en el bloque 23, que comprendía el territorio Sarayaku.

170. Según el perito Acosta Espinoza, antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1998 y del Convenio Nº 169 de la OIT para el Ecuador el conflicto entre territorialidad indígena e interés petrolero se resolvía con la simple imposición de la voluntad estatal, sin que el Estado formalizara un proceso

---

como nacionalidades de raíces ancestrales y de los pueblos negros o afroecuatorianos, así como, de las comunidades que forman parte de estas colectividades de conformidad a lo dispuesto en el Art. 84 de la Constitución Política de la República». El 10 de septiembre de 2004 fue adoptada la Ley de Gestión Ambiental *(Registro oficial suplemento 418 de 10 de septiembre de 2004, expediente de prueba, tomo 8, folio 4103 y ss.), cuyos artículos 28 y 29 disponían que «[t]oda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas. El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere [...] la Constitución Política de la Republica tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos. [...] Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes». El 29 de enero de 2009 fue adoptada la* Ley de Minería *(publicada en el 1er Suplemento del Registro Oficial No. 517), que disponía en sus artículos 87, 89 y 90 que «[e]l Estado [...] es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada. Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero. [...] [D]icho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la Ley. [...] Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses». El 20 de abril de 2010, fue adoptada la* Ley Orgánica de Participación Ciudadana *(Registro oficial No. 175, Suplemento), mediante la cual se dispone en el artículo 81 que «[s]e reconocerá y garantizara a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable. Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley».*

expropiatorio, por lo que, en la práctica, se ocuparon territorios, se desplazó población y hasta se propició la desaparición de pueblos indígenas[130].

171. La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes[131]. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales[132].

172. Si bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación de garantizar al Pueblo Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio, desde que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta, al ratificar en abril de 1998 el Convenio Nº 169 de la OIT, y desde que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998[133], la empresa CGC inició actividades de prospección sísmica a partir de julio de 2002.

---

[130] Cfr. *Escrito de solicitudes y argumentos, tomo 1, folios 268-272. Véase asismismo el peritaje rendido ante fedatario público por el economista Alberto José Acosta Espinoza, de 30 de junio de 2011 (expediente de prueba, tomo 19, folios 10072-10077).*

[131] *Por ejemplo, el Ecuador había ratificado tanto el* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *como el* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Así, bajo el artículo 1 común de dichos Pactos, los pueblos indígenas pueden «provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural» y pueden «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales» para que no se les prive de «sus propios medios de subsistencia». En similar sentido, ver* Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 93 a 95. Véase asimismo* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 37, y* El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Lega*l, párrs. 113-115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del* corpus juris *internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual).*

[132] Cfr. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 91, 92, 94 y 95. Veáse asimismo* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 149.*

[133] *El artículo 84 de la Constitución del Ecuador (Capítulo 5: De los derechos colectivos, Sección primera: De los Pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos) dispone que: El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: […]2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. […]6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.*

Fue en esta fecha que el Estado aprobó, a través del Ministerio de Energía y Minas, la actualización de un Plan de Impacto Ambiental, presentado por la compañía CGC y realizado por una empresa subcontratista de ésta, que había sido inicialmente aprobado en agosto de 1997. Según el Estado, lo anterior se aprobó con base en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas. No ha sido controvertido que la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku; y sembró explosivos de alto poder en la superficie y en el subsuelo del territorio (*supra* párr. 105).

173. Además, no ha sido controvertido que estaba vigente otra normativa nacional según la cual, desde 1998, se establecían formas de consulta a cargo del Estado (Plan Nacional de Derechos Humanos[134] de 1998 y la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana[135] de 2000). No fue sino después de aprobado el Plan de impacto ambiental de la empresa y ordenada la reactivación de la prospección, que en diciembre de 2002 fue aprobado el *Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas*[136], que establecía, en su primer artículo:

[U]n procedimiento uniforme para el sector hidrocarburífero para la aplicación del derecho constitucional de consulta a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos en materia de prevención, mitigación, control y rehabilitación relacionados con los impactos socio-ambientales negativos así como el impulso de los impactos socio-ambientales positivos causados por la realización de actividades hidrocarburíferas que se realicen en sus tierras; y, la participación de dichos pueblos y

---

134 Cfr. *Plan Nacional de Derechos Humanos del Ecuador de 18 de junio de 1998 (expediente de Prueba, tomo 9, folio 5312). El artículo 8 establece como objetiv[o] genera[l] «4. [p]ropender a que los pueblos indígenas sean consultados antes de autorizar proyectos de prospección y explotación de recursos renovables y no renovables situados en sus tierras y territorios ancestrales y analizar la posibilidad de que los pueblos indígenas participen de manera equitativa de los beneficios que reporten las actividades de la explotación de los recursos así como su derecho a ser indemnizados por los perjuicios causados».*

135 Publicada en el Registro Oficial No. 144, Suplemento, de 18 de Agosto de 2000.

136 Cfr. *Decreto Ejecutivo No. 3401 del 2 de diciembre del 2002, Registro Oficial No. 728 de 19 de diciembre de 2002* Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas*. El mismo se refiere a los momentos de la consulta que debe ser realizada; al objeto de la consulta pre-licitatoria a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos; al objeto de la consulta previa de ejecución a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos; a los sujetos de las consultas; a las resoluciones y consensos en la consulta a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos, a las compensaciones por los perjuicios socio-ambientales que se causen en el desarrollo de actividades hidrocarburíferas; a la formalización de resoluciones y consensos en la consulta de ejecución a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos, y a las fases del desarrollo de actividades hidrocarburíferas en las que procede el proceso de consulta previa de ejecución (expediente de Prueba, tomo 8, folios 4130 y ss).*

comunidades en los procesos relacionados con la consulta, la elaboración de los estudios de impacto ambiental, los planes de manejo ambiental, incluidos los planes de relaciones comunitarias[137].

174. En este caso, según el proyecto de explotación del Bloque 23, la concesión petrolera implicaba el trabajo sísmico en un área significativa del territorio Sarayaku, lo cual iba a afectarlo sustancialmente, dados los impactos inherentes y probables de un proyecto petrolero en la selva[138]. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio Sarayaku comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Por ende, si a

---

[137] Asimismo, el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 3401 disponía que: «[t]anto la consulta a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos como la consulta ciudadana se realizarán: a) Previa la convocatoria por parte del organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones a los procesos licitatorios hidrocarburíferos, en cuyo caso se denominará consulta pre-licitatoria; y, b) Previa la aprobación de los estudios de impacto ambiental para la ejecución de actividades hidrocarburíferas conforme a lo establecido en el artículo 42 de este Reglamento, en cuyo caso se llamará consulta previa de ejecución». Asimismo, el artículo 8 establece que: «[l]a consulta pre-licitatoria a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos tiene por objeto: a) Contar previamente con los criterios, comentarios, opiniones y propuestas de los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos que habiten en el área de influencia directa del bloque a licitarse relativos a los impactos socio - ambientales positivos y/o negativos que pueda causar en sus territorios la realización de los planes y programas que se desprendan de las licitaciones petroleras y de la suscripción de los correspondientes contratos de exploración y explotación; b) Recibir criterios sobre las estrategias y medidas socio-ambientales generales de prevención, mitigación, control, compensación y rehabilitación relativas a los impactos socio - ambientales negativos, así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos, que deberá considerar el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones en la realización de los procesos licitatorios petroleros, la adjudicación y suscripción de contratos y las actividades de control de ejecución de los mismos; y, c) Contar con los criterios sobre los mecanismos de participación de los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos que habiten en el área de influencia directa del bloque a licitarse, a través de sus organizaciones representativas, en la ejecución de las medidas socio - ambientales de prevención, mitigación, compensación, control y rehabilitación relacionadas con los impactos socio - ambientales negativos así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos que se causen en sus territorios a causa de la realización de las actividades hidrocarburíferas que se desprendan de las licitaciones petroleras y de la suscripción de los correspondientes contratos de exploración y explotación». Finalmente, el artículo 10 señala que: «El objeto de la consulta previa de ejecución a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos es el de contar previamente con los criterios, comentarios, opiniones y propuestas de las comunidades indígenas y afroecuatorianas que se encuentren en el área de influencia directa del proyecto, sobre los impactos socio - ambientales positivos y/o negativos específicos que pueda causar la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como determinar las medidas socio - ambientales de prevención, mitigación, control, compensación y rehabilitación relacionadas con los impactos socio - ambientales negativos, así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos, que, de ser técnica y económicamente viables y legalmente procedentes, se incorporarán en el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, incluido el Plan de Relaciones Comunitarias. (expediente de Prueba, tomo 8, folios 4130 y ss).

[138] El perito William Powers muestra, en su peritaje, los impactos inherentes a un proyecto petrolero en la selva, que incluyen la entrada de mano de obra a la zona; la apertura de numerosos senderos, con despeje de vegetación, irrupción de corrientes de agua, erosión del suelo e impactos indirectos por la apertura de la zona a población externa; explosivos para crear las ondas sísmicas; la construcción de helipuertos; campamentos volantes; cientos de pozos de producción; líneas de flujo de los pozos a las estaciones de producción, y un gaseoducto y/o oleoducto para trasladar la producción. Peritaje rendido ante fedatario público por el Ingeniero William Powers, de 29 de junio de 2010 (expediente de Prueba, tomo 19, folios 10090-10103).

esto se suman precedentes sobre el impacto que la explotación petrolera en Ecuador ha tenido en la vida de otros pueblos indígenas[139] y de habitantes de la región[140], es comprensible que el Pueblo Sarayaku razonablemente percibiera que el desarrollo de un proyecto de esa magnitud iba a afectar seriamente su territorio y modo de vida.

175. En efecto, corresponde observar que el Pueblo Sarayaku se opuso en todo momento a la entrada de la empresa en su territorio mediante diversas acciones a lo interno y externo de la comunidad, por decisión de sus propias autoridades (*supra* párrs. 74, 80, 85, 87, 94 y 97). Al respecto, la señora Patricia Gualinga manifestó durante la audiencia pública que en Sarayaku se oponían porque «había visto toda la desgracia que había ocasionado la explotación petrolera en otras zonas; había visto todo lo que pasaba en el Bloque 10 y todas las divisiones que estaba ocasionando […] y aparte de eso, sabía que parte de su subsistencia dependía de la defensa de su espacio de vida y territorio»[141]. Así, ante las primeras incursiones de la CGC en noviembre de 2002, el Pueblo Sarayaku decidió en Asamblea declarar un «estado de emergencia» y conformaron los llamados «Campamentos de Paz y Vida» (*supra* párr. 100).

176. Dado que el Convenio Nº 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo[142], es indudable que al menos desde mayo de 1999[143] el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho

---

[139] Cfr. *Peritaje rendido ante fedatario público por el economista Alberto José Acosta Espinoza, de 30 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folios 10073-10077).*

[140] *Al respecto, la Comisión Interamericana había señalado en 1997 que la explotación petrolera en el oriente del Ecuador estaba lesionando directamente el derecho a la vida de muchos habitantes de la región, señalando que dichas actividades les han expuesto a los derivados tóxicos en el agua que utilizan para beber y bañarse, en el aire que respiran y en el suelo que cultivan con el fin de obtener alimentos. La Comisión determinó que ello planteó un riesgo considerable para la vida y la salud humana al estar expuestos a mayores riesgos de contraer enfermedades graves (Comisión Interamericana,* Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. Rev. 1 (1997), cáp. VIII, «La Situación de los Derechos Humanos de los Habitantes del Interior del Ecuador Afectados por las Actividades de Desarrollo»). El perito Alberto Acosta se refirió a los efectos que el auge petrolero ha tenido en la Amazonía ecuatoriana, indica que «[e]l hecho indiscutible es que desde la segunda mitad de la década de los sesenta, las actividades petroleras han atropellado masivamente la biodiversidad y el bienestar de la población de la Amazonía. Las comunidades indígenas y los colonos han sufrido innumerables atropellos a sus derechos más elementales, en nombre del mítico bienestar de toda la población» (expediente de prueba, tomo 19, folios 10073-10074).*

[141] *Testimonio rendido por Patricia Gualinga ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011. También testimonio rendido ante fedatario público por Gloria Berta Gualinga Vargas, de 27 de junio de 2011 (expediente de prueba, tomo 19, folio 10037).*

[142] *El Comité de Expertos de la OIT afirmó en el contexto de la actividad petrolera en el Ecuador que, si bien las disposiciones del Convenio no pueden ser aplicadas retroactivamente, «el Convenio tiene aplicación en la actualidad [en el Ecuador] en lo concerniente a las actividades que se llevan a cabo desde el 15 de mayo de 1999». Según el Comité, «la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable sólo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio». El Comité, por tanto, solicitó al Ecuador que, a partir de dicha fecha, «aplique plenamente» el Convenio, recomendando que «establezca consultas previas en los casos de exploración y explotación de hidrocarburos que pudiesen afectar a comunidades indígenas y tribales, y que asegure la participación de los pueblos interesados en las diferentes etapas del proceso, así como en los estudios de impacto ambiental y los planes de gestión ambiental» (OIT, «Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio [169] […], párr. 28, expediente de Prueba, tomo 10, folios 6013-6014, 6019, párrs. 28, 30 y 45.a).*

[143] *Sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, el Ecuador estaba obligado a actuar de buena fe y conforme al objeto y fin del*

a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.

B.5 Aplicación del derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku en este caso

177. La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones[144]. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.

178. Corresponde entonces determinar la forma y sentido en que el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku y si los actos de la empresa concesionaria, que el Estado señaló como formas de «socialización» o de búsqueda de «entendimiento», satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades y pueblos indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. Para ello, corresponde analizar los hechos recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Iternacional. El análisis se hará en el siguiente orden: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.

179. Es necesario aclarar que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

Convenio. El artículo 18 de dicha Convención establece: «Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente».

144 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, *párr. 134.*

a) La consulta debe ser realizada con carácter previo

180. En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio Nº 169 de la OIT señala que «los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras». Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado[145].

181. Al respecto, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio Nº 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso[146]. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas[147].

---

[145] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, *párr. 134. Del mismo modo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula, en el artículo 32.2, que «[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas […] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo». Véase también el peritaje rendido por Rodolfo Stavenhagen, de 24 de junio de 2011 (expediente de los Affidávits de los Representantes de las Presuntas Víctimas, tomo 19, folio 10130).*

[146] Cfr. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90. Asimismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Observación Individual sobre el Convenio Nº 169 de la OIT, Argentina, 2005, párr. 8. Asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 18 y 19.*

[147] Cfr. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 20.*

182. La normatividad[148] y la jurisprudencia nacional de varios países de la región también se ha referido al carácter previo de la consulta[149].

---

[148] Cfr. *Ley de Consulta previa de 6 septiembre de 2011 de Perú, artículo 4: «El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales»; Ley 3058, de 17 de mayo de 2005,* Ley de Hidrocarburos *de Bolivia, artículo 115: «la consulta se realizará en dos momentos: [p]reviamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y, previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental». Ecuador: Constitución Política de 2008, artículo 57.17, Reglamento Sustitivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, Decreto Ejecutivo 1215, Registro Oficial 265 de 13 de Febrero del 2001, Artículo 9: «Previamente al inicio de toda licitación petrolera estatal, el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones petroleras aplicara en coordinación con el Ministro de Energía y Minas y el Ministerio del Ambiente los procedimientos de consulta previstos en el Reglamento que se expida para el efecto. Previa a la ejecución de planes y programas sobre exploración y explotación de hidrocarburos, los sujetos de control deberán informar a las comunidades comprendidas en el área de influencia directa de los proyectos y conocer sus sugerencias y criterios [...]» y Ley de Minería, registro oficial suplemento 517.29 de enero de 2009, artículo 89. Estados Unidos: Orden Ejecutiva 13175 (2000),* Section 5(b)(2)(A), 36 C.F.R. §800.2(c)(2)(ii)(A), y EPA Policy on Consultation and Coordination with Indian Tribes (Policy); *México: Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de 21 de mayo de 2003, Venezuela: Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005, artículos 11 a 15. Véase asimismo, Colombia: Presidencia, Directiva Presidencial Numero 01 de 2010, 2. Acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa.*

[149] *En ese sentido, el Tribunal Constitucional de Perú señaló que «[t]rasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta [que] [a]demás generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe» (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Expte. No. 0022 2009 PI/TC, párr. 36). Por su lado, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala declaró que la misma «debe tener lugar antes de que las acciones de que se trate se hayan perfeccionado, pues es de esa manera que puede trascender sobre ellas eficazmente» (Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, V.a). De la misma forma, la Corte Constitucional de Colombia aclaró que «el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final». Además, que es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso en particular «mediante un proceso 'pre-consultivo' [...] a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 7.1, p. 75, y 8.1.vi) o «consulta sobre la consulta» (en la que «se definirán las condiciones de realización de la consulta previa si se decide iniciar una obra pública, como una etapa específica de consulta previa que se surtirá una vez se determine la viabilidad de la obra» (T-235/11, p. 56). Ver también Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 2003/2010-R (25 de octubre de 2010, Expte. 2008-17547-36-RAC. III.5) que ha establecido que la «consulta debe ser realizada [...] a) [a]ntes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas [...]; b) [a]ntes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos [...]; c) [a]ntes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas [...] y, d) [a]ntes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares». La Corte Suprema de Justicia de Venezuela estableció, el 5 de diciembre de 1996, que la participación en la Consulta previa de los Pueblos Indígenas «debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa y no tan sólo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado». Decisión de 1996 de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, citada en el expediente numero 2005-5648. Véase asimismo, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, pág 39 y 53.*

183. Habiendo establecido que el Estado estaba obligado a realizar un proceso de consulta previa en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en el referido contrato de exploración petrolera, al menos desde 1998 (*supra* párr. 172), el Estado debía haber garantizado la participación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente.

184. En este sentido, no ha sido controvertido que el Estado no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. En particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión.

b) La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

185. De acuerdo con las disposiciones del Convenio Nº 169 de la OIT, las consultas deberán ser «llevadas a cabo [...] de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» [150].

186. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como «un verdadero instrumento de participación» [151], «que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas» [152]. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de «un clima de confianza mutua» [153] y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo

---

[150] *Convenio No. 169 de la OIT, art. 6.2. En el mismo sentido véase* Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, párr. 134. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que «[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten» (art. 19 y 32.2).*

[151] *«Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)», 2006, GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 42.*

[152] *OIT, CEACR:* Observación Individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia*, 2005. Véase asimismo Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas,* Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005. En este Informe, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas estableció que la consulta informada «debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto» (párr. 46). Véase asimismo el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 21 y 23.*

[153] *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del*

de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad[154] y la jurisprudencia nacional de Estados de la región[155] se han referido a este requisito de buena fe.

artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2007), párr. 53. Véase asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 23-25, 49-50.

[154] Cfr. *Constitución Política de Bolivia, artículo 30.II: «En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan». Perú:* Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, *de 6 de septiembre de 2011, artículo 4. «[l]as 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». Del mismo modo, en Venezuela: la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005, dispone en su artículo 11 que «[l]a consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley [...]».*

[155] La Corte Constitucional de Colombia estableció que es «necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 8.1.iv. Asimismo, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, IV, V). Además, la misma Corte señaló que la realización de la consulta de buena fe «implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados» (Sentencia C-461/08, 6.3.4.). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que «el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta [...] [y que] [c]on él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta» (Expte. No. 0022 2009 PI/TC, párr. 27). La Corte Constitucional del Ecuador señaló que los «parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: [...] e. La obligación de actuar de BUENA FE por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero «mecanismo de participación», cuyo objeto sea la búsqueda el consenso entre los participantes, [y] f. El deber de difusión publica del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes» (Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, página 53).

187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado[156], por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta[157].

188. Durante el proceso el Estado alegó que la compañía petrolera CGC buscó, con posterioridad a la firma del contrato, un «entendimiento» o forma de «socialización» con las comunidades para lograr la realización de sus actividades contractuales y que además se realizó un estudio de impacto ambiental por parte de la compañía Consultora Ambiental Walsh en 1997, subcontratista de la compañía CGC, el cual fue actualizado y aprobado en el año 2002, luego de varias reformas legales y la entrada en vigor de la Constitución de 1998 y de acuerdo con los artículos 34 y 41 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas. El Estado alegó que este estudio habría sido «debida y oportunamente socializado con las comunidades afectadas, aunque en la práctica nunca se ejecutó»[158]. Alegó también que, de acuerdo con el artículo 37 de ese Reglamento, «los días 18, 19 y 22 de junio del 2002 [la CGC efectuó] tres presentaciones públicas del Plan de Manejo Ambiental en las localidades de Canelos, Pacayacu y Shauk». En esos términos, de la posición sostenida inicialmente por el Estado ante este Tribunal se desprende que autoridades estatales pretendieron avalar tales acciones de la empresa petrolera como formas de consulta. Tales «presentaciones» no incluyeron a Sarayaku. Esa «socialización y contacto» fue realizada precisamente por la misma empresa que pretendía realizar la explotación petrolera y, por ello, intentaba gestionar la entrada al territorio.

189. Durante la visita de la delegación de la Corte al territorio Sarayaku, al aceptar su responsabilidad en este caso, el Estado reconoció que no se había realizado debidamente un proceso de consulta previa (*supra* párr.23). Es decir, el Estado no sólo reconoció así que no realizó la consulta sino que, aún si se aceptara la posibilidad de que tal proceso de consulta pueda ser delegado en terceros particulares, el Estado tampoco indicó qué tipo de medidas habría adoptado para observar, fiscalizar, monitorear o participar en el proceso y garantizar así la salvaguarda de los derechos del Pueblo Sarayaku.

190. Además de lo anterior, miembros de Sarayaku manifestaron que existió presencia militar en el territorio de Sarayaku durante las incursiones de la empresa CGC[159] y que tal presencia tenía como

---

[156] Cfr. Convenio Nº 169 de la OIT, artículo 6; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19; Caso del Pueblo Indígena de Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas*, párrs. 102, 129 y 131. Véase asimismo, Declaración rendida ante fedatario público por el Prof. Rodolfo Stavenhagen, de 24 de junio de 2011 (expediente de los Affidávits de los Representantes de las Presuntas Víctimas, tomo 19, folio 10131).*

[157] Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009, párrs. 53 a 55.

[158] En similar sentido, durante la audiencia pública celebrada en la Corte el 7 de julio de 2011, el Agente estatal manifestó, ante una pregunta de la Corte respecto de la posición del Estado sobre el derecho a la consulta, que «existieron mecanismos que [...] en esa época, no podrían considerarse estrictamente dentro de los parámetros que ahora tenemos de consulta previa, pero sí existió una socialización y contacto con las comunidades».

[159] Cfr. Testimonio rendido ante fedatario público por José María Gualinga Montalvo, de 27 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folio 10026). Véase también testimonio rendido ante fedatario público por Gloria Berta Gualinga Vargas, de 27 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folio 10038) y Testimonio rendido por Ena Santi ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011

objetivo garantizar los trabajos de la compañía frente a su oposición. Durante la audiencia el Estado cuestionó que el Ejército hubiera incursionado con el objetivo de militarizar el territorio Sarayaku.

191. No ha sido controvertido que en la zona del Bloque 23 operaba la Brigada de Selva[160] No. 17 y que, en particular, alrededor de Sarayaku se instalaron cuatro bases militares, a saber, en Jatún Molino, Shaimi, Pacayaku y Pozo Landa Yaku[161]. La testigo Ena Santi, al referirse a los «campamentos de paz y vida», declaró durante la audiencia pública que el motivo de que se crearan estos campamentos era porque se habían enterado que «estaban subiendo militares de Montalvo [… y tenían] mucho miedo de que hagan daño a [sus] esposos, de que les maten, y por eso estuvimos ahí»[162]. El testigo Marlon Santi, quien estuvo en los «campamentos de paz y vida», declaró durante la audiencia pública que «la empresa petrolera tenía dos tipos de seguridad: una denominada seguridad privada, que lo hacía una empresa de seguridad privada, Jaraseg, y otra que era seguridad pública, que lo hacían combinado Ejército ecuatoriano y la Policía Nacional»[163]. Estos testimonios están apoyados por imágenes tomadas por miembros de Sarayaku y que constan en el expediente[164], así como por notas de prensa[165] y en un video producido por Sarayaku en 2003[166].

192. También es relevante que el 30 de julio de 2001 el Ministerio de Defensa suscribió un convenio de cooperación militar con las empresas petroleras que operaban en el país, mediante el cual el Estado se comprometió a «garantizar la seguridad de las instalaciones petroleras, así como de las personas que laboren en ellas» (*supra* párr.78). Al respecto, el propio Estado presentó, como anexo a su contestación, una carta de la compañía CGC a PETROECUADOR de 16 diciembre de 2002, en la que su representante solicita al Estado que «precautele la seguridad necesaria para las operaciones petroleras, convocando en

---

[160] Cfr. *Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza. Resolución de 10 de abril de 2003 (expediente de Prueba, tomo 8, folio 4868).*

[161] *El Ministerio de Energía y Minas informó que durante una reunión realizada los días 3 y 4 de febrero de 2003 en el Pueblo de Sarayaku, se tomó la resolución de «[s]uspender la presencia de militares y policías en los territorios de Sarayaku». Informe del Ministerio de Energía y Minas, sobre las actividades realizadas en el bloque 23 (expediente de Prueba, tomo 8, folio 4786); Mapa «de cerco petromilitar» elaborado por el Centro de información Socio-Ambiental de Pastaza (expediente de Prueba, tomo 9, folio 4970); Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza. Resolución de 10 de abril de 2003 (expediente Prueba, tomo 8, folio).*

[162] *Ante la pregunta del Agente del Estado respecto a si ella los vio directamente o si sólo tiene referencias, Ena Santi respondió, «yo aquí no vengo a decir mentiras […] Yo vi con mis propios ojos. No es lo que me contó mi esposo. Yo estuve cargada [con] mi bebé […] Yo estuve ahí. Por eso vengo a dar testimonio». Testimonio rendido por Ena Santi ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011.*

[163] *Testimonio rendido por Marlon René Santi Gualinga ante la Corte durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011.*

[164] Cfr. *Fotografías (expediente de Prueba, tomo 11, folio 6575 y 6576), Video producido por Sarayaku para uso exclusivo de la Comisión y la Corte.*

[165] *Expediente de Prueba, tomo 11, folios 6550 y ss.*

[166] *En el video se recogen declaraciones a la prensa del entonces Ministro de Minas y Energías, Coronel (r) Carlos Arboleda, en las que habría manifestado en octubre de 2003 que «los trabajos de la CGC serán protegidos porque esa es una política del Estado» y, al responder preguntas de los periodistas sobre la presencia de militares en la zona, señaló que «el Estado tiene que garantizar con todas las fuerzas del Estado la seguridad de las empresas que quieren trabajar en Ecuador». En el video sería posible apreciar que miembros del Ejército hicieron uso de los helicópteros contratados por la empresa CGC. Esto tampoco fue controvertido específicamente por el Estado. (Video producido por Sarayaku para uso exclusivo de la Comisión y la Corte. Anexo enviado por los peticionarios con la comunicación de 15 de marzo de 2004 y que obra en el expediente ante la Corte).*

forma urgente, la intervención de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas»[167]. En otra carta similar, de fecha 25 de noviembre de 2002, ese mismo representante de CGC solicitó al Estado, ante la oposición de Sarayaku, que «se sirva tomar todas las medidas necesarias que juzgue convenientes para que, conjuntamente con las fuerzas armadas, se facilite la ejecución del proyecto de Sísmica» [168].

193. De tal manera, es posible considerar que el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes.

194. Por otro lado, los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades[169]. La compañía CGC se limitó a ofrecer dinero y diversos beneficios económicos al Pueblo Sarayaku (así como lo hizo con otras comunidades de la zona, *supra* párrs. 73 a 75, 82 y 84), con la finalidad de obtener su consentimiento para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que existirían en su territorio, sin que el Estado emprendiera o supervisara un proceso sistemático y flexible de participación y diálogo con la misma. Además, según fue alegado y no controvertido por el Estado, la compañía CGC se habría valido de procedimientos fraudulentos para la obtención de firmas de apoyo por parte de miembros de la comunidad de Sarayaku (*supra* párr. 73).

195. De hecho, el 10 de abril de 2003 la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza declaró que en este caso se había comprobado «en forma plena» que se había violado el derecho constitucional establecido en el artículo 84.5 de la Constitución Política del Ecuador, en concordancia con el artículo 15.2 del Convenio No. 169 de la OIT y el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Asimismo, responsabilizó de dichas violaciones al Ministro de Energía y Minas y presidente del directorio de PETROECUADOR, así como al apoderado y representante legal de la CGC (*supra* párr. 110).

196. Por su parte, el 8 de mayo de 2003, tras visitar el Pueblo Sarayaku, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República emitió un informe en el que concluyó que «[e]l Estado, a través de los Ministerios de Medio Ambiente y Energía y Minas, violó el numeral 5) del Art. 84 de la

---

[167] *Expediente de Prueba, tomo 14, folio 8647.*

[168] *Cfr.* Oficio DM-DINAPA-CSA-870 de 24 de diciembre de 2002 del Ministerio de Energía y Minas en el cual se hace referencia a la carta de la CGC de 25 de noviembre de 2002 (expediente de Prueba, tomo 9, folio 4958 y ss).

[169] «As will be seen bellow, the corporation cultivated relations with select communities that supported oil activity through patronage and promises. This selective corporate-indigenous engagement led to strident disagreement among indigenous communities as to who had authority to dictate what would happen within indigenous territory. Because broad consultation never occurred the intimate relations that Kichwa sustain with their sentient rain forest were place under threat [...] And fully informed consultation and consent among equals would necessarily diminish the chances of manipulation and encourage the chances of indigenous cohesion». *[La empresa forjó relaciones con comunidades específicas que apoyaban la actividad petrolera, por medio del clientelismo y de promesas. Estas relaciones selectivas entre la empresa y los indígenas resultaron en un grave desacuerdo entre las comunidades indígenas respecto a quién tenía la autoridad para determinar el destino del territorio. Dado que nunca se llevaron a cabo consultas amplias, la relación íntima entre los Kichwas y la selva se vio amenazada. [...] De haber existido consulta previa con las comunidades, con la finalidad de obtener su consentimiento, habrían disminuido las posibilidades de manipulación y se habrían fortalecido las posibilidades de mayor unidad entre las comunidades]. Peritaje rendido ante fedatario público por la Profesora Suzana Sawyer, de 24 de junio de 2011 (expediente de Prueba, tomo 19, folios 10109 y 10119).*

Constitución Política de la República, al no consultar a la comunidad sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente». Esa Comisión del Congreso concluyó también que la CGC desconoció la dirigencia de la OPIP al negociar directamente con las comunidades de forma aislada, produciendo el enfrentamiento entre las mismas. Igualmente, constató el daño a la flora y fauna del territorio. En cuanto a la población, señaló en sus conclusiones que «[e]xiste violación de los derechos humanos, al haber ocasionado un grave daño psicológico a los niños de la comunidad, al observar el enfrentamiento con los militares, policías y miembros de seguridad de la CGC y al detener a los dirigentes de la OPIP acusándolos de terroristas, quienes a su vez fueron sujetos de maltratos físicos, que afectaron su integridad personal, prohibida por la Constitución Política de la República» (*supra* párr. 106).

197. Además, luego de la suspensión de las actividades de prospección fueron emitidos algunos pronunciamientos de apoyo a la actividad petrolera de la empresa, por parte de altas autoridades de la provincia de Pastaza y del Gobierno de entonces, que no coadyuvaron a generar un clima de confianza con las autoridades estatales[170].

198. Es posible considerar, entonces, que la falta de consulta seria y responsable por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones inter-comunitarias y con autoridades estatales, favoreció por omisión un clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular con el Pueblo Sarayaku. Si bien constan numerosas reuniones entre diferentes autoridades locales y estatales, empresas públicas y privadas, la Policía, el Ejército y otras comunidades, es también evidente la desvinculación entre tales esfuerzos y una voluntad clara para buscar consensos, lo que propiciaba situaciones de conflictividad.

---

[170] *El 1 de junio de 2003, el Gobernador de la Provincia de Pastaza anunció públicamente que la decisión del Gobierno era «cumplir con todos los trabajos en el bloque 23 de 200 mil hectáreas», con o sin el consentimiento de las comunidades indígenas que ahí habitan (Marcelo Gálvez, «Tensión por explotación petrolera en bloque 23», EL UNIVERSO, 2 de junio del 2003, expediente de Prueba, tomo 11, folio 6547). Asimismo, el entonces Presidente de la República del Ecuador anunció que garantizaría toda la seguridad a las compañías petroleras («La CGC continuará la exploración del bloque 23», EL COMERCIO, 18 de septiembre de 2003, expediente de Prueba, tomo 11, folio 6550). El 16 de septiembre de 2003, se anunció la intención de reiniciar las labores de prospección sísmica en los bloques 23 y 24 a partir de diciembre de 2003 (ver notas de prensa, expediente de Prueba, tomo 11, folios 6547 y 6550). El 3 de octubre de 2003 el Ministro de Energía y Minas declaró a la prensa que «el gobierno está dispuesto a brindar todas las garantías de seguridad a la empresa CGC para que continúe sus operaciones en el bloque 23, y pueda cumplir con el contrato establecido. Y si para dar seguridad, conforme a la ley, es necesaria la presencia de la fuerza pública o de las Fuerzas Armadas, el gobierno dispondrá las medidas necesarias conforme su compromiso de respetar el contrato» («Coronel Arboleda encabeza operación militar para invadir Sarayaku», Boletín de Prensa, expediente de Prueba, tomo 11, folio 6553). En octubre de 2003 el Ministro de Energía y Minas manifestó que la exploración y explotación petroleras en el territorio de Sarayaku se llevaría a cabo con o sin el consentimiento del Pueblo de Sarayaku, para lo cual el territorio indígena sería militarizado a partir de distintas fechas (expediente de medidas provisionales, solicitud de la Comisión Interamericana, folio 000010). El 31 de diciembre de 2003, el Ministro de Energía y Minas manifestó que comenzaría de nuevo una intervención para garantizar el paso de las petroleras, por lo que se preveía una incursión militar inminente («Protestan Ecologistas por destrucción de la Amazonia Ecuatoriana», Resumen de Prensa (México), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 4 de enero de 2004). En la misma nota se señala que «se espera que pasado mañana empiece la incursión armada pero, por lo pronto, desde hace ya un año se bloqueó el río Bobonaza, y últimamente las vías terrestres también han sido afectadas» (expediente de medidas provisionales, solicitud de la Comisión Interamericana, folio 11).*

199. Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera.
200. La Corte reitera que la búsqueda de un «entendimiento» con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la misma empresa CGC, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.

c) La consulta adecuada y accesible

201. Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones[171]. Por su lado, el Convenio Nº 169 de la OIT dispone que «los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas»[172], así como tomar «medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces», teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena[173].
202. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería «tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas»[174]. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos

---

[171] Cfr., mutatis mutandi, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 130.*

[172] Convenio No. 169 de la OIT, artículo 6.1.a. En ese mismo sentido, el artículo 30.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas *señala que «los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares».*

[173] Cfr. *Convenio No. 169 de la OIT, artículo 12. Por su lado, la* Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas *establece en su artículo 36.2 que los Estados, «en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho».*

[174] OIT, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas agregó que «las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio Nº 169 y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta

y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos[175]. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión[176]. En ese mismo sentido, la jurisprudencia[177] y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad de llevar a cabo una consulta adecuada[178].

---

indígena» (al párr. 37). Además, Relator Especial manifestó que el «carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma». Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 28.

[175] Cfr. *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1 (2001), párr. 109. Del mismo modo, el Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas manifestó que «[a] la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que éstos: i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género». Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 31.*

[176] Cfr. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79. Véase asimismo Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 33. Asimismo, «se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales… si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación».*

[177] La Corte de Constitucionalidad de Guatemala observó que la consulta previa implica que debe ser «acorde a las características propias de cada nación, una dinámica de información, participación y diálogo con miembros de sus comunidades dotados de auténtica representatividad, dirigida a la consecución de acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar» (21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, V.). La Corte Constitucional de Colombia dispuso que «la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales […] se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social» y que de ese modo «la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados», […] sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades» (Sentencia SU-039/97). Véase asimismo, Corte Constitucional del Ecuador, Caso de la Organización de Nacionalidades Huaorani, CONAIE Vs AGIP OIL ECUADOR B.V. (0054-2003-RA), Sentencia de 3 de julio de 2003 y Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, página 53: «Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: a. El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos

203. En el presente caso, la Corte ha dado por probado que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo Sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Además, es un hecho reconocido por el Estado que no fue éste el que llevó a cabo esa «búsqueda de entendimiento», sino la propia compañía petrolera. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal se desprende que aquél pretendió delegar *de facto* su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio Sarayaku (*supra* párr.199). Por lo señalado, el Tribunal considera que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible.

---

consultados [...] d. El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión publica de la medida, de acuerdo con as recomendaciones de la OIT, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino dialogo con los representantes legítimos de las partes, [...] i. El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados [...]».

[178] Cfr. *Ley de Consulta previa de 6 septiembre de 2011 de Perú: Artículo 4.2: «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»; Artículo 4.4: «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», Artículo 4.5: «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»; la Constitución Política de Bolivia de 2009, artículo 304: «Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas [...] 21: Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten». Véase asimismo Ecuador: Ley de participación ciudadana, Registro oficial No 175 (suplemento) , 20 de abril de 2010, artículo 81, y Ley de Minería, registro oficial suplemento 517.29 de enero de 2009, artículo 90: «Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones para aquellos casos en que la exploración por la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses». Del mismo modo, Colombia: Constitución Política, «Paragráfo: [...] En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades». En ese mismo sentido, en Venezuela, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005, dispone en su artículo 13 que «[t]oda actividad o proyecto que se pretenda desarrollar o ejecutar dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas deberá presentarse mediante un proyecto a los Pueblos o comunidades indígenas involucrados, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses puedan ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección. La decisión se tomará conforme a sus usos y costumbres [...]». En Nicaragua, la ley 445 de 23 de enero de 2003 establece en su artículo 3 que «[...] Consulta [es] la expresión y entrega de la información técnica de la operación o el proyecto seguido del proceso de discusión y decisión sobre los mismos; durante los cuales las comunidades deberán contar con traductores los que traducirán en sus lenguas todo lo dicho durante este proceso y estar asistidas por técnicos en la materia [...]».*

d) Estudio de Impacto Ambiental

204. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio Nº 169 de la OIT dispone que «[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas».

205. La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo (*supra* párr.157). En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental[179]. Además la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental «sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad», para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, «con conocimiento y de forma voluntaria»[180].

206. Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto[181]; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio[182]. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos[183].

207. En el presente caso, la Corte observa que el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku. Por tanto, el Tribunal concluye que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia.

---

179 Cfr., mutatis mutandi, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 130.*

180 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, *párr. 40.*

181 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, *nota al pie número 23.*

182 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, *párr. 41.*

183 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia, *párr. 41.*

e) La consulta debe ser informada

208. Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales[184] y la legislación interna[185] se han referido a este elemento de la consulta.

209. En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado «entendimiento» llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que

---

[184] La Corte Constitucional de Colombia señaló que la consulta previa debe estar encaminada a que «la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución», a que «sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares» y a «[q]ue se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo» (Sentencia SU-039/97). Véase asimismo, sentencia C-030/08. Véase también, Corte Constitucional del Ecuador señaló al respecto que Corte Constitucional del Ecuador, Caso Intag (459-2003-RA), Caso Nangaritza (0334-2003-RA) y Caso Yuma (0544-06-RA).

[185] Perú: Ley del derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio No. 169 de la OIT, artículo 4.f: «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»; Artículo 4.7: «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». Bolivia: Decreto Supremo No. 29033, 16 de febrero de 2007: «El proceso de consulta y participación deberá enmarcarse en este principio de veracidad en concordancia con las normas legales vigentes, especialmente en las disposiciones del Convenio Nº 169 de la OIT, que establecen que la consulta debe realizarse de buena fe y por tanto, toda la información que sean parte y resultado del proceso de consulta y participación deberán ajustarse a la verdad». Ecuador: Ley Gestión Ambiental, Registro oficial suplemento 418 10 de septiembre de 2004, artículo 29: «Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales». En ese mismo sentido, en Venezuela, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005 dispone en su artículo 14 que «[l]os proyectos serán presentados con no menos de noventa días de anticipación a su consideración por parte de los pueblos y comunidades indígenas respectivos, reunidos en asamblea. Éstos deberán contener toda la información necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance de los mismos, así como los beneficios que percibirán los pueblos y comunidades indígenas involucrados y los posibles daños ambientales, sociales, culturales o de cualquier índole y sus condiciones de reparación, a los fines de que puedan ser evaluados y analizados previamente por el pueblo o la comunidad respectiva[…]». Asimismo, véase el artículo 3 de la ley 445 de 23 de enero de 2003 de Nicaragua. Véase del mismo modo, Colombia, Decreto 1397 de 1996, artículos 8 y 16.

la alegada «socialización» del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada.

210. En este sentido, hay elementos para concluir que las constatadas faltas en el proceso de consulta debida por parte del Estado, aunada a las numerosas acciones de la empresa para fragmentar a las comunidades, propiciaron enfrentamientos entre las comunidades del Bobonaza y afectaron sus relaciones inter-comunitarias. Es por ello que, al ampliar las medidas provisionales en junio de 2005, la Corte consideró «particularmente necesario que las medidas que se adopt[aran] incluy[era]n acciones que favore[cieran] el mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos de los beneficiarios […] para asegurar los efectos propios de la Convención en las relaciones inter-individuales». Por esa misma razón, el Tribunal requirió al Estado que, al implementar las medidas, informara «a las comunidades indígenas vecinas sobre el sentido y alcance de las medidas provisionales, tanto para el propio Estado como para terceros particulares, con el fin de propiciar un clima de convivencia entre las mismas».

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

B.6 Los derechos a la consulta y a la propiedad comunal en relación con el derecho a la identidad cultural

212. En relación con lo anterior, la Corte ha reconocido que «[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros»[186]. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre «la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio»[187], los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica[188]. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que «[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros

[186] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertadas Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.*

[187] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 146.*

[188] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 91.*

de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas»[189].

213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.

214. Al respecto, el principio 22 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ha reconocido que

«[l]as poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible».

215. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales[190] y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[191]. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural[192].

---

[189] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 154.*

[190] *Artículo 2.2(b): «[los gobiernos, con participación de los pueblos, tienen que desarrollar una acción coordinada y sistemática, que incluye medidas] que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones». Artículo 4.1: «Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados». Artículo 5: «Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos».*

[191] Cfr. *A/Res/61/295, 10 de diciembre de 2007, Resolución Asamblea General ONU, 61/295. Artículo 8.1: «Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada o a la destrucción de su cultura». Artículo 8.2: «Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica […]». Artículo 8.2: «Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas». Artículo 12.1: «Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y ensenar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente […]».*

[192] Cfr. *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001;* UNESCO Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to it*; Declaración de México sobre las políticas culturales; Conferencia mundial sobre las políticas culturales; Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Asimismo, ver Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO referentes a la cultura o la identidad cultural que menionan a los pueblos indígenas:* Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, de 15 de noviembre de 1989, y* Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, de 20 de octubre de 2005.*

216. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos[193], como el Comité PIDESC[194] y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías[195], se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

---

[193] *La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en su Comunicación No. 276/2003 de noviembre de 2009, declaró que «proteger derechos humanos va más allá del deber de no destruir o de no debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, pues requiere además el respeto y la protección de su patrimonio religioso y cultural esencial para su identidad de grupo [... La Comisión] nota que el artículo 17 de la Carta [Africana] es de una dimensión dual en su naturaleza tanto individual como colectiva, al proteger, por un lado, la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, al obligar al Estado a promover y proteger valores tradicionales reconocidos por una comunidad. Por ende, entiende cultura como significado de un todo complejo que incluye una asociación física y espiritual de la tierra, conocimiento, creencias, artes, leyes, moral y costumbres, así como otras habilidadaes y hábitos adquiridos por la humanidad, de uno como miembro de la sociedad – la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social dado, que la distinguen de otros grupos similares. También ha entendido que identidad cultural comprende el lenguaje, la religion y otras características que definen a un grupo (párr. 241). También observó: «al haber forzado a una comunidad a vivir en tierras semi-áridas sin acceso a depósitos de sal medicinal y otros recursos vitals para su salud, el Estado demandado ha creado una amenaza mayor para el modo de vida pastoral de los* Endorois*» (párr. 251). La Comisión Africana también señaló que el Estado «tiene un deber mayor de tomar pasos positivos para proteger a grupos y comunidades como los* Endorois*, así como de promover los derechos culturales, incluyendo la creación de oportunidades, políticas e instituciones». Al considerar que «el Estado demandado no ha tomado en consideración el hecho de que, al restringir el acceso al Lago Bogoria, ha denegado a la comunidad el acceso a un sistema integrado de creencias, valores, normas, moral, tradiciones y artefactos íntimamente relacionados con el acceso al Lago», la Comisión Africana concluyó que el Estado había violado los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta, por estimar que «la esencia misma del derecho a la cultura de los* Endorois *ha sido denegado, al punto de dejarlo, para todos los intentos y propósitos, ilusorio» (párrs. 250 y 251) (traducción libre de la Secretaría).*

[194] *«La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la perdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural» (párr 36). «Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.»*

[195] *En el caso* Chapman v. the United Kingdom *(no. 27238/95 ECHR 2001-I), la Corte reconoció que el artículo 8 protege el derecho de una minoría («Gypsy») a mantener su identidad (párr. 93). En el caso* Gorzelik and others v. Poland *(no. 44158/98, párr. 92, 17 de febrero de 2004), la Corte Europea observó que la necesidad de proteger la identidad cultural es también importante para el correcto funcionamiento de una democracia. Referencias a todos los casos mencionados en este párrafo en «Cultural Rights in the case-law of the European Court of Human Rights», Research division ECHR, enero de 2011, pp. 9 a 12.*

217. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática[196]. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio Nº 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a «asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven»[197].

218. En el presente caso, no ha sido controvertido que la empresa afectó zonas de alto valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Así, en julio de 2003 la CGC destruyó al menos un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo de Sarayaku, en el terreno del *Yachak* Cesar Vargas, a saber el sitio llamado «Pingullu» (*supra* párr.104). Para los Sarayaku la destrucción de árboles sagrados por parte de la empresa, como el árbol «Lispungo», significó una vulneración a su cosmovisión y creencias culturales[198]. Además, no fue controvertido que en la entrada de helicópteros destruyó parte de la denominada *Montaña Wichu kachi*, o «saladero de loras» (*supra* párr.105), ocasionando que, en la cosmovisión del Pueblo, los espíritus dueños de ese lugar sagrado se fueran del sitio, lo que ocasiona la esterilidad del lugar que, a su vez, es asociada por los Sarayaku con la esterilidad material del sitio y la huida permanente de los animales de esa zona hasta que la espiritualidad del lugar sea restaurada[199]. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del pueblo Sarayaku, tales como la *Uyantsa,* su festividad más importante que tiene lugar cada año en febrero, lo que afectó la armonía y espiritualidad de la

---

[196] La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, ampliamente aceptada al haber sido adoptada en el órgano respectivo con la firma de 143 Estados (incluido Ecuador), contempla el derecho de estos Pueblos a determinar libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (Artículos 3, 4, 5,18, 19, 20, 23,32, 33 y 34). En el caso particular del Ecuador, ese reconocimiento es tan claro que hoy en día su propia Constitución de 2008 reconoce el derecho a la autodeterminación de diversas formas, entre otras, al declarar que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a «mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, por el cual la Constitución garantiza el respeto y la promoción de las costumbres e identidad de los pueblos indígenas en todos los órdenes de la vida» y, en el caso de los «pueblos en aislamiento voluntario», el Estado «deberá adoptar medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos».

[197] Convenio Nº 169 de la OIT. Considerando quinto.

[198] El Yachak *don Sabino Gualinga manifestó: «En un sitio que se llama Pingullo, eran las tierras del señor Cesar Vargas, ahí existía con sus árboles ahí estaba tejido como hilos la forma en que él podía curar, cuando derrumbaron este árbol de Lispungo le causaron mucha tristeza (...) Cuando derrumbaron ese árbol grande de Lispungo que él tenía como hilos se entristeció muchísimo y murió su esposa y después murió él, también murió un hijo, después el otro hijo y ahora solo quedan dos hijas mujeres. (Testimonio rendido por Don Sabino Gualinga ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 6 de julio de 2011).*

[199] Dice César Santi ''La compañía hace dos meses pasó por acá con la línea sísmica y ahora ya no hay ni pájaros, se fue el dueño, el Amazanga*, porque el dueño se va todos los animales se van... Como se evitó que siguieran viniendo los helicópteros, si dejamos un buen tiempo tranquilo tal vez vuelvan los animales''. FLACSO, Sarayaku: el Pueblo del Cénit, folios 6627 y ss.*

comunidad[200]. Se alegó también que la línea sísmica pasó cerca de lugares sagrados utilizados para ceremonias de iniciación de joven a adulto (*supra* párr.105). Así, la paralización de las actividades cotidianas del pueblo y la dedicación de los adultos a la defensa del territorio, ha tenido un impacto en la enseñanza a niños y jóvenes de las tradiciones y ritos culturales, así como en la perpetuación del conocimiento espiritual de los sabios. Las detonaciones de explosivos destruyeron partes de los bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados y han causado la migración de los animales. En cuanto al área en la que permanecen los explosivos, el *Yachak* Sabino Gualinga manifestó en la audiencia que:
en ese sector ya se fueron la mitad de los amos que preservaban el ecosistema […]. Ellos son los que sostienen la selva, el bosque. Si se destruye […] también se derrumban las montañas. Nosotros vivimos en la cuenca del Bobonaza y eso se afecta totalmente. Todos los que quieren hacer daño no saben lo que están haciendo. Nosotros sí lo sabemos porque nosotros vemos eso».

219. Dada la importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural del Pueblo Sarayaku y su cosmovisión, como sujeto colectivo, varios de los testimonios y peritajes producidos durante el proceso indican el fuerte lazo que existen entre los elementos de la naturaleza y de la cultura, por un lado, y las dimensiones del ser de cada integrante del Pueblo, por otro. Lo anterior denota también las profundas afectaciones a las relaciones sociales y espirituales que los integrantes de la comunidad pueden tener con los diferentes elementos de la naturaleza que los rodea cuando son destruidos o menoscabados.

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

B.7 Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

221. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención[201]. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y

---

[200] *Mediante las actividades de la fiesta se renueva el vínculo con el territorio y los lazos sociales. Se vuelve a las zonas de recreo (*purinas*) y zonas de cacería del prioste, y se refuerza la pertenencia de dichas zonas al territorio. Además, según los miembros de la comunidad, la fiesta de Sarayaku se caracteriza por la intervención de todos los Kurakas, más las autoridades y líderes, y los* yachak *que visitan las casas de la fiesta para disponer y transmitir la paz y el respeto, y que no se produzcan conflictos. FLACSO. Sarayaku: el Pueblo del Cénit, folio 6672 a 6676. Véae asimismo, declaraciones de Simón Gualinga y Jorge Malaver, Autoevaluación, folios 6588 y ss.*

[201] Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 51, y* Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 140.*

evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen[202]. En definitiva, «el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención»[203].

222. A pesar de que, en los términos referidos, el Estado estaba en la obligación de consultar al Pueblo Sarayaku, no le consta a la Corte que hasta el 9 de diciembre de 2002 el Estado contara con un Reglamento detallado sobre consulta previa en el cual se establecieran claramente, *inter alia*, el momento en que debe hacerse la consulta, el objeto de la misma, los sujetos de la consulta, las fases del desarrollo de actividades en las que procede el proceso de consulta previa de ejecución, la formalización de resoluciones en la consulta o las compensaciones por los perjuicios socio-ambientales que se causen en el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales, en particular, hidrocarburíferos. En cualquier caso, ese Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas de 2002, que tampoco tuvo impacto en este caso, habría sido derogado posteriormente en abril de 2008 por el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social, establecidos en la Ley de Gestión Ambiental[204], Decreto No. 1040, el cual no prevé específicamente mecanismos de consulta, según fue alegado y no fue controvertido por el Estado.

223. Además de lo anterior, la Corte constata que el Estado alegó que se encontraba «en pleno proceso de adopción de medidas legislativas para armonización constitucional» y que en «el período de transición establecido en la propia Constitución de […]2008 se marcaron con prioridad los paquetes legislativos que debían aprobarse». Es decir, el Estado reconoce que hasta el momento de su contestación en este caso, no contaría con normas reglamentarias de armonización constitucional que permitan hacer efectivas la normatividad interna en materia de consulta previa[205].

224. Por tanto, la Corte concluye que si bien la Comisión o los representantes no aclararon por qué motivo la falta de reglamentación anterior a diciembre de 2002 constituyó un obstáculo real para que se hiciera efectivo el derecho a la consulta previa del Pueblo Sarayaku, el mismo Estado reconoció que se encontraba actualmente en un período de transición para adecuar su normatividad reglamentaria y legislativa a los efectos de efectivizar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del Ecuador.

---

[202] Cfr. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, *párr. 140, y C*aso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.*

[203] Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 240.*

[204] Cfr. Reglamento de aplicación de los mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, Decreto No. 1040, en Comunicación de los peticionarios de 10 de junio de 2008 (expediente de Prueba, tomo 8, folio 4154 y ss.).*

[205] *En el mismo sentido, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas señaló, en sus observaciones emitidas en noviembre de 2010 sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas, que el Estado debía «tomar en cuenta las propuestas hechas por CONAIE durante las mesas de diálogo, así como cualesquiera otras nuevas propuestas de reforma, incluyendo en relación con la Ley de Minería, la Ley de Recursos Hídricos, la Ley de Educación Intercultural Bilingüe, el Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización, y el Código Ambiental, con miras a llegar a acuerdos consensuados con los pueblos indígenas sobre estas y otras leyes, así como para reformar e implementar las leyes conforme a los derechos de los pueblos indígenas garantizados en la Constitución de 2008 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos». Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya – Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementaron de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/15/37/Add.7, 13 de septiembre de 2010, párr. 56.*

225. Del mismo modo, la Corte observa que el Estado alegó que «el artículo 2 de la Convención Americana […] se refiere no solo a las disposiciones normativas sino también a medidas de otro carácter […], en las cuales se pueden agrupar las de carácter institucional, económico y de otro tipo que se logren en conjunto, vale decir y como lo manifestó en varias ocasiones la Corte Interamericana […], de forma integral» y que la «jurisprudencia del […] Tribunal Interamericano […] al determinar estas *otras medidas*, ha prefijado que no se tratan de las meramente administrativas o judiciales, que solamente se enmarcan en los deberes de respeto y garantía a las que se refiere el artículo 1.1. de la CADH, y no dentro del contexto del artículo 2 [de la Convención]. Este particular puede verificarse incluso en los Estados que responden al sistema del *common law*, porque en este sistema lo que crea derecho general no es el acto jurisdiccional, sino la potestad normativa de los tribunales».
226. En relación con este alegato, si bien podría compartirse en términos generales lo planteado por el Estado, la Corte observa que éste no se refirió a ningún otro mecanismo u «otras medidas» en particular que permitan inferir que la falta de reglamentación del derecho a la consulta previa contenido en la normativa interna e internacional aplicable al Ecuador no constituyera un obstáculo para la efectividad del mismo en este caso.
227. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que el Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con las violaciones declaradas de los derechos a la consulta, a la identidad cultural y a la propiedad.

B.8 Derecho de Circulación y de Residencia

228. Se alegaron una serie de situaciones en que terceros o incluso agentes estatales obstaculizaron o impidieron el paso de miembros de Sarayaku por el río Bobonaza[206]. Es claro que el Estado tuvo conocimiento acerca de situaciones que afectaron la libre circulación de miembros del Pueblo Sarayaku por el río. No obstante, no fue aportada suficiente prueba para analizar tales hechos bajo el artículo 22 de la Convención.
229. Por otro lado, efectivamente el hecho de que hayan sido sembrados explosivos de pentolita en el territorio del Pueblo Sarayaku ha implicado una restricción ilegítima a circular, realizar actividades de caza y tradicionales en determinados sectores de su propiedad, por la evidente situación de riesgo creada para su vida e integridad. Sin embargo, los efectos de esta situación han sido y serán analizados bajo el derecho a la propiedad comunal y a la consulta previa, así como bajo los derechos a la vida e integridad personal (*infra* párrs. 244 a 249).

B.9 Libertad de Pensamiento y de Expresión, Derechos Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales

230. En cuanto a lo planteado por la Comisión Interamericana y los representantes sobre la alegada violación de los artículos 13, 23 y 26 de la Convención, la Corte coincide con la Comisión en cuanto a que, en asuntos como el presente, el acceso a la información es vital para un adecuado ejercicio del

[206] *En efecto, consta que ante determinados hechos alegados por Sarayaku, el 27 de noviembre de 2002 el Defensor del Pueblo dispuso como medida precautoria que «ninguna persona ni autoridad o funcionario podrán impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros pertenecientes a Saraya[k]u» (*supra *párr.86).*

control democrático de la gestión estatal respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto de evidente interés público[207]. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso los hechos han sido suficientemente analizados, y las violaciones conceptualizadas, bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural del Pueblo Sarayaku, en los términos del artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, por lo que no se pronuncia sobre la alegada violación de aquellas normas.

B.10 Conclusión

231. En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales[208]. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros[209]. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.

---

[207] El artículo 9 de la Carta Democrática Americana, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001, dispone que «la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas [...], contribuy[e] al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana».

[208] Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas; Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *y* Caso Xkamok Kasek Vs. Paraguay**.**

[209] Así, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas *de 2007 establece, en su artículo 1, que: «Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos». El artículo 3.1 del Convenio No. 169 de la OIT dispone que: «Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos». En igual sentido, el Comité del PIDESC, en su Observación General No. 17 de noviembre de 2005, señaló expresamente que el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros como sujetos individuales de derechos (párrs. 7, 8 y 32). Posteriormente, en su Observación General No. 21 de 2009 el Comité interpretó que la expresión «toda persona» contenida en el artículo 15.1.a) del Pacto «se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo» (párr.8). Además, otros instrumentos de protección regional como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986 han establecido la protección especial de ciertos derechos de los pueblos tribales en función del ejercicio de derechos colectivos. Ver,* inter alia*, los artículos de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: artículo 20 que protege el derecho a la existencia y autodeterminación de los pueblos; artículo 21 que protege el derecho sobre los recursos naturales y la propiedad sobre sus tierras, artículo 22 que garantiza el derecho al desarrollo.*

232. El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado.

Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho a la consulta ha sido abordado también por la Corte Interamericana fundamentalmente en dos sentencias, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*[210] y en el *Caso Sarayacu vs Ecuador*. Ambas sentencias son importantes porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso como es Perú. Destacan dos conjuntos de reglas, las primeras referidas a las condiciones que el Estado debe observar para que explotar los recursos naturales en territorios de pueblos indígenas, y el segundo, referidas a las características mínimas que debe tener el proceso de consulta. En esta oportunidad haremos referencia a las reglas del proceso de consulta específicamente.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam

1. **El derecho de propiedad de los pueblos indígenas no es absoluto puede ser restringido.** *«No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones»*. (párrafo 127)

2. **Criterios de ponderación para la restricción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. «***el artículo 21 de la Convención establece que «la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad». Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*[211]*. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio»*. (párrafo 127)

3. **La denegación de las tradiciones y costumbres que pongan en peligro la propia subsistencia de los pueblos indígenas como límites a las restricciones.** *«Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor*

[210] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 133 al 137.

[211] *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párrs. 144-145 citando *(mutatis mutandi) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155. *Cfr.*, también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra* nota 75, párr. 137.

crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal». (párrafo 128)

4. ***Garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia o requisitos para la realización de actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas***. «Con la finalidad de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: «**primero**, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante «plan de desarrollo o inversión»)[212] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. **Segundo**, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. **Tercero**, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal». *(párrafo 129)*

5. **Elementos de la consulta previa. «***la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones»*[213]*.*

[212] Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.
[213] Ibídem, párrafo 133.

Caso Sarayacu vs Ecuador

1. **La consulta debe realizarse con carácter previo. «***este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado». (Párrafo 180). Añade que «el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso»*. (Párrafo 181).

2. **La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo.** *«La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como «un verdadero instrumento de participación», «que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas». En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de «un clima de confianza mutua» y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nación al de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe»*. (Párrafo 186).

3. **La consulta la debe hacer el Estado y no las empresas privadas.** *«Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta»*. (Párrafo 187)

4. **Necesidad que los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender.** La Corte IDH plantea la necesidad de *«tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena»*. (Párrafo 201)

5. **La consulta debe ser informada.** *«La consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta»*. (Párrafo 208). Añade que *«En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado «entendimiento» llevado a cabo por la compañía*

CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada «socialización» del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada». (Párrafo 209)

6. **La violación del derecho al territorio ocasiona la violación de otros derechos.** La Corte IDH en esta sentencia ha recordado pronunciamiento anteriores, donde ha sostenido que *«al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros»*[214]. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre *«la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio»*[215], los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica[216]. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que *«[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas»*[217]. (Párrafo 212). Finalmente, la Corte IDH considera que *«la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos»*. (Párrafo 220)

7. **No una sino son varias las consultas deben realizarse en relación con cada proyecto petrolero**. Según la Corte IDH esta debe realizarse en «todas la fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena» (párrafo 167)

8. **La obligación de consultar actos de ejecución de actos administrativos anteriores a la entada en vigencia del Convenio 169 de la OIT**. Se establece la obligación de consultar no solo los actos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, sino los «los actos de

---

[214] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertadas Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.*

[215] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 146.*

[216] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 91.*

[217] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, *párr. 154.*

ejecución» posteriores de actos administrativos anteriores a la entrada en vigencia de este Convenio. (párr. 176)

9. **El derecho de los pueblos indígenas a conocer los beneficios y riesgos del proyecto a consultarse**. El Estado debe garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. (párr. 177). Muy relacionado con este derecho, la Corte reconoce el **derecho de los pueblos indígenas a conocer los reales impactos de la decisión a ser consultada** (párr. 206 y 208)

10. **Prohibición de actos de cooptación de los pueblos indígenas.** La buena fe exige «*la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia*». Asimismo «*la buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades*». (párr. 186)

11. **La finalidad del EIA es garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas.** Según la Corte IDH los EIA son «*salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo*» (párr. 205)

12. **El objetivo de los EIA es evaluar el impacto de la actividad petrolera en los pueblos indígenas y los riesgos ambientales.** Según la Corte IDH, «*sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad», para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, «con conocimiento y de forma voluntaria»*. (párr. 205)

13. **Las consultoras que elaboren los EIA deben ser independientes, técnicamente capaces y deben ser supervisadas por el Estado.** Según la Corte, el Estado debe «*garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental». (párr. 205) En relación con la independencia de la consultora que elabora el EIA, la Corte IDH cuestiona que el EIA «fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización»*. (párr. 207)

14. **Los requisitos para la validez jurídica de los EIA:** 1) deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; 2) respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; 3) ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio; 4) el Estado está obligado a supervisar los Estudios de Impacto Ambiental; 5) uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el

estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. (párr. 206)

Anexos

I.- Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano que desarrollan el derecho a la consulta

1. Antecedente: Primera sentencia sobre el tema de pueblos indígenas vs. Industrias extractivas.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html

2. Sentencia 00022-2009-PI/TC. Es la más importante y desarrolla todas las reglas necesarias para realizar la consulta previa. Es un caso de consulta de de una ley.
http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf

3. Sentencia 05427-2009-PC/TC. Es la segunda en importancia, y hace un análisis de la inadecuación del ordenamiento jurídico al Convenio 169 de la OIT. Le ordena al Congreso y Ministerio de Energía y Minas reglamentar el derecho a la consulta. Fue presentada contra la no reglamentación del derecho a la consulta.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html

4. Sentencia 06316-2009-AA/TC. Se pide la nulidad de adjudicación de lotes petroleros en la Amazonia en territorio de pueblos indígenas no contactados, por no haber sido consultados.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html

5. Sentencia 00023-2009-PI/TC. Se pide la nulidad de leyes no consultadas con los pueblos indígenas.
http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc28102010-182837.pdf

6. Sentencia 00025-2009-PI/TC. Se pide la nulidad de leyes no consultadas con los pueblos indígenas.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html

7. Sentencia 00026-2009-PI/TC. Se declara improcedente porque fue derogada la norma cuestionada.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2009-AI%20Resolucion.html

8. Sentencia 00027-2009-PI/TC. Se declara improcedente.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00027-2009-AI.html

9. Sentencia 00028-2009-PI/TC. Se declara improcedente.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00028-2009-AI%20Resolucion.html

1. 01939-2011-PA/TC. Se declara fundada en parte. Es contra un proyecto de transvase de agua que no fue consultado.
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01939-2011-AA.html

II.- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. El tema es la concesión forestal de territorio de PPII.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

2. Caso Masacre plan de Sánchez vs. Guatemala. 29 de abril de 2004. El tema es una masacre contra pueblos indígenas.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf

3. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. 15 de junio de 2005. Ataque a PPII originó huida y ataques a la propiedad.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

4. Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. 17 de junio de 2005. Demora del proceso de reivindicación de la tierra.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

5. Caso Yatama vs. Nicaragua. 23 de junio de 2005. Derecho a elección de los PPII.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

6. Caso López Álvarez vs. Honduras. 1 de febrero de 2006. Detención y maltratos.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

7. Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006. Demora en el reconocimiento del derecho de propiedad.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

8. Caso Escué Zapata vs. Colombia. 4 de julio de 2007. Militares detienen y maltratan a una persona indígena que luego aparece muerta.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf

9. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007. Estado no protege derecho a la tierra; tampoco garantizó acceso a la justicia.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

10. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008. Desaparición de mujer maya en contexto de enfrentamiento Ejército y guerrilla.

Impresión:
Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Teléfonos: 348 5571 / 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com
2013
Lima - Perú

Consideramos que este material será útil para los diferentes actores que participaran en los diversos procesos de consulta previa que se convocaran, sean estos líderes de pueblos indígenas, funcionarios públicos, operadores del sistema de justicia, periodistas y público en general. Incluso para aquellos que quieren tener un mejor conocimiento de las normas que regulan los derechos de los pueblos indígenas.

Estamos convencidos que la solución a los conflictos surgidos entre pueblos indígenas, Estado y empresas extractivas debe darse dentro del Estado de Derecho, es decir en el marco del cumplimiento de las normas legales y constitucionales, especialmente de las normas que reconocen derechos a los pueblos indígenas. Por ello, resulta de vital importancia que los pueblos indígenas puedan no solo «conocer» sino «apropiarse» del ordenamiento jurídico, para exigir sus derechos al Estado y a las empresas. Ciertamente esta exigibilidad no solo se debe plantear ante las autoridades políticas, sino también ante los tribunales de justicia, cuando el Gobierno y las empresas privadas no quiere cumplir con las normas que reconocen estos derechos.