Proyecto de Ley N°....1596/2021-CR

CONGRESO
REPÚBLICA

EDGARD REYMUNDO MERCADO

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
01 ABR. 2022
RECIBIDO
Firma ... Hora 16:30

"Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios"

El **Grupo Parlamentario Juntos por el Perú**, a propuesta del congresista de la República que suscribe **Edgard Reymundo Mercado,** en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

FORMULA LEGAL:

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE RECONOCE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORGIINARIOS

Artículo Único. - Incorporación del artículo 21-A en la Constitución Política del Perú

Incorpórese el artículo 21-A en la Constitución Política del Perú, según el texto siguiente:

"Artículo 21-A.- El Estado, reconoce el derecho fundamental 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, de acuerdo a los tratados internacionales."

Lima, 28 de marzo de 2022

EDGARD REYMUNDO MERCADO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

SIGRID BAZÁN NARRO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Cong. ISABEL CORTEZ AGUIRRE

RUTH LUQUE IBARRA
Vocera Portavoz Titular
Grupo Parlamentario Juntos por el Perú
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

RUTH LUQUE IBARRA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

Antecedente

La presente iniciativa legislativa, responde a la reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 03066-2019-PA/TC), donde señala que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política del Perú.

El máximo intérprete de la Constitución, conoce el caso a raíz de una demanda de amparo presentada el 17 de septiembre de 2017, por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra el Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEN).

Las comunidades campesinas, solicitaban la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de una empresa minera, debido a que la concesión ocupa partes de su territorio, lo que se habría realizado sin respetar el derecho a la consulta previa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de amparo de las comunidades campesinas, bajo los siguientes argumentos:

> *"2. En el presente caso, la parte demandante principalmente cuestiona que las entidades emplazadas no habrían implementado el mecanismo de la consulta previa en el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios.*
>
> *3. Sin embargo,* ***el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita****, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.*
>
> *4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional."*

Entidades que consideran un retroceso la sentencia del TC

Esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, ha sido criticada por diversas instituciones, como la Defensoría del Pueblo que ha señalado: *"La decisión del Tribunal Constitucional, emitida con el voto de 3 de los 6 magistrados, constituye un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, es contraria a la Constitución Política, a los tratados*

internacionales y se aleja injustificadamente de los estándares previamente establecidos a lo largo de su jurisprudencia."[1]

Igualmente, el Ministerio de Cultura ha mostrado una posición crítica a la sentencia: *"El Ministerio de Cultura expresa su preocupación ante la referida sentencia y considera esta acción un retroceso en la protección y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas u originaros en el Perú, la misma que representa un distanciamiento a la línea jurisprudencial que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional durante los últimos años"*[2].

Pronunciamientos del TC sobre la consulta previa

En efecto, como lo señala el Ministerio de Cultura, ya el Tribunal Constitucional[3] en los últimos años, ha emitido sentencias, reconociendo el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, donde ha señalado lo siguiente:

"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

---

1 https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/

2 https://www.tvperu.gob.pe/noticias/nacionales/ministerio-de-cultura-senalo-preocupacion-por-fallo-del-tc-que-desconoce-derecho-a-la-consulta-previa

3 EXP. N.° 0022-2009-PI/TC. Fundamentos 37, 38, 39 y 40.

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."

Igualmente, el máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que: "***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]."*[4]

El Tribunal Constitucional, ya reconocía expresamente el "contenido constitucional protegido del derecho a la consulta", por lo que, la última sentencia emitida por este colegiado sobre la consulta previa, es no solo contradictoria con sus fallos, sino que, además, como lo han señalado diversas instituciones, es un retroceso en materia de derechos de los pueblos indígenas y originarios.

El Convenio 169 de la OIT

El propio Tribunal Constitucional, ha señalado que: "*La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento."*[5]

El Perú, ha suscrito y ratificado el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El referido Convenio, como lo indica, tiene dos postulados básicos, el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional no solo debe actuar en concordancia a las normas del derecho interno, sino que debe interpretar la Constitución respetando los tratados internacionales que el Perú es parte, como es el caso del

---

[4] EXP. N.° 00025-2009-PI/TC. Fundamento 20.
[5] EXP. N.° 00025-2009-PI/TC. Fundamento 22

Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT)

El Estado peruano, en el año 2011, publica la Ley N° 29785, que tiene como objeto desarrollar 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. Debiendo interpretarse 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.

La Ley N° 29785, señala que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les 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.

En tal sentido, el Estado peruano, ha venido implementado según el listado de procesos de consulta previa del Ministerio de Cultura[6], más de 70 de estos procesos, como son los casos del proyecto de exploración minera Santo Domingo, proyecto de explotación minera Huacullo, proyecto de explotación minera Tajo Pampacancha, los lotes petroleros 190, 191, 175, 187, 195 entre otros.

Por lo que, el reciente fallo del Tribunal Constitucional, no solo vulnera el marco normativo interno y los tratados internacionales que el Perú ha suscrito, sino que además va en contra de la misma realidad, donde ya se han realizado y se siguen realizando procesos de consulta previa en diversas partes del país.

Esta sentencia del TC, no solo ha sido rechazada por diversas instituciones, sino que la población ha levantado su voz de protesta, como es el caso de comunidad campesina de Chila Chambilla en la provincia de Puno , como lo expresan sus dirigentes: *"Nos movilizaremos en la ciudad de Juli, exigiendo al Tribunal Constitucional enmendar la sentencia que niega la consulta previa a los pueblos indígenas como derecho fundamental. Nuestra población rechaza la sentencia del tribunal. Y de no tener respuesta favorable, tomaremos medidas indefinidas"*[7]

[6] https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso?title=&netapa=All&departamento=All&entidadespromotoras=All&tema=All

[7] https://wayka.pe/campesinos-de-puno-se-levantan-en-huelga-por-fallo-del-tc-que-desconoce-consulta-previa/

Por lo expuesto, presentamos la presente iniciativa legislativa, para elevar a rango constitucional el derecho fundamental de la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION VIGENTE

La aprobación de la Ley de reforma constitucional que planteamos agregando el artículo 21-A en la Constitución Política, no solo corrige la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 03066-2019-PA/TC); sino que, además, constitucionaliza el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

Este derecho fundamental, ya es reconocido por los tratados internacionales que el Perú ha suscrito y ratificado; igualmente, se ha emitido normativa interna que regula la consulta previa, Siendo necesario que nuestra Constitución, reconozca este derecho.

Por lo que, proponemos que se agregue el siguiente texto normativo en la Constitución:

"Artículo 21-A.- El Estado, reconoce el derecho fundamental 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, de acuerdo a los tratados internacionales."

III. ANALISIS DE COSTO – BENEFICIO

Actores involucrados	Efectos Directos	Efectos Indirectos
Pueblos indígenas u originarios	Los pueblos indígenas u originarios tendrán el derecho fundamental de la consulta previa reconocido expresamente en la Constitución.	Todas las entidades del sector público y del sector privado, deberán respetar el derecho constitucional de la consulta previa.
Entidad promotora	Las entidades públicas del gobierno nacional, regional y locales pública que son las responsables de diseñar las medidas a ser consultadas tendrán el marco constitucional como referencia y demás normas del ordenamiento jurídico.	Podrán en el marco de sus competencias proponer y emitir normas que faciliten su labor en la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.
Ministerio de Cultura	Deberá emitir disposiciones complementarias, en el	Deberá realizar mesas de dialogo con las entidades

	marco de sus competencias.	del sector público, sector privado y pueblos indígenas u originarios para brindar información del derecho a la consulta previa como derecho fundamental reconocido en la Constitución.
Defensoría del Pueblo	Fortalecerá su rol como observador de la consulta previa, en función a su rol constitucional de defensa de los derechos fundamentales.	Supervisa en el marco de sus competencias constitucionales a las demás entidades públicas para el cumplimiento del proceso de consulta previa.

IV. VINCULACION CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa, se enmarca dentro de las siguiente Políticas de Estado:

Política Cuarta - Institucionalización del diálogo y la concertación

Con este objetivo, el Estado: (b) institucionalizará los canales y mecanismos de participación ciudadana que contribuyan al mejor ejercicio de las funciones ejecutivas y legislativas en los niveles nacional, regional y local

Política Décimo Novena - Desarrollo sostenible y gestión ambiental

Con este objetivo el Estado: (b) promoverá la participación responsable e informada del sector privado y de la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales y en la vigilancia de su cumplimiento, y fomentará una mayor conciencia ambiental