



JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI
Congresista de la República

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"



El grupo parlamentario Perú Libre, a iniciativa legislativa de la señora congresista de la República JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con lo establecido en los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente PROYECTO DE LEY:

FÓRMULA LEGAL

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL INCISO 19 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, QUE RECONOCE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

Artículo 1. Objeto

La presente ley tiene por objeto modificar el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, con el fin de reconocer el pleno ejercicio del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas u originarios, así como establecer la obligación del Estado peruano a respetar los resultados de la misma.

Artículo 2. Modificación del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú

Modifíquese el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, quedando redactado de la siguiente manera:

"Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.



JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI
Congresista de la República

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

En el caso de los pueblos indígenas u originarios, el Estado reconoce su derecho a la consulta previa, respecto de las medidas legislativas o administrativas que los afecten.
(...)"



JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI
Congresista de la República

Eliás Vargas Meléndez
VICEP (A)

Eliás Vargas Meléndez

Guillermo Benavente

Pasión Dávila A

Alex A. Paredes Longuelo

Elizabeth Medina H.



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **08** de **abril** del **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N°1661/2021-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:
1. CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO.

.....
HUGO ROVIRA ZAGAL
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

Los pueblos indígenas u originarios

Según el Ministerio de Cultura: *Los pueblos indígenas u originarios son aquellos colectivos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que tienen lugar en este país o región, conservan todas o parte de sus instituciones distintivas, y que, además, presentan la conciencia colectiva de poseer una identidad indígena u originaria*¹.

Asimismo, la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, en su artículo 2, inciso a) señala que los pueblos indígenas:

"Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos."

Es decir, que las comunidades indígenas u originarias son aquellas que a pesar de invasión de sociedades extranjeras, persisten en conservar, a lo largo del tiempo hasta la actualidad, alguno o todos los siguientes factores²:

1. *Ocupación de tierras ancestrales, o al menos parte de ellas;*
2. *Antepasados comunes con los ocupantes originales de esas tierras;*
3. *Cultura en general, o en manifestaciones específicas (como la religión, viviendo en un sistema tribal, la pertenencia a una comunidad indígena, vestimenta, medios de vida, estilo de vida, etc.);*
4. *La lengua (sea esta usada como la única lengua, como lengua materna, como los medios habituales de comunicación en el hogar o en la familia, o como la principal, preferida, habitual, general o lengua normal);*
5. *Residencia en algunas partes del país, o en ciertas regiones del mundo;*

¹ Concepto extraído del portal web de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura: <https://bdpi.cultura.gob.pe/>

² Martínez Cobo, José R. Relator Especial de la Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra los Pueblos Indígenas. 1981.

6. Otros aspectos relevantes³.

De acuerdo a lo informado por la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios, administrado por el sector Cultura, a la fecha, se tiene información que existen 55 pueblos indígenas en el Perú, siendo que 51 de ellos están ubicados en la Amazonía y 4 en los Andes; del mismo modo, señala que en nuestro país subsisten 48 lenguas indígenas u originarias, 4 de ellas se hablan en los Andes, siendo el quechua aquella que es hablada en casi todo el país, y 44 se hablan en la Amazonía. Asimismo, la data publicada al día de hoy, indica que el número total de localidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios a nivel nacional es de 8 988, la población total aproximada que vive en estas localidades es de 2 699 865 de personas, siendo que 2 199 744 de personas viven en zonas de los Andes y 500 121 personas que vive en zonas de la Amazonía.⁴

Por ello, en atención a las características particulares de los pueblos indígenas u originarios, los órganos internacionales y los gobiernos correspondientes deben promover el uso de herramientas que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos, así como velar por el respeto irrestricto de ellos y sancionar su vulneración.

El derecho de los pueblos indígenas u originarios

Además de los derechos reconocidos en las normas nacionales e internacionales, el Perú, en mérito los tratados o acuerdos supranacionales, se obliga a implementar leyes y políticas que materialicen los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo en torno a los siguientes aspectos⁵:

- *Garantizar que los pueblos indígenas tienen voz en las decisiones que les afectan.*
- *Mantener sus identidades culturales propias.*
- *Vivir sin discriminación ni la amenaza del genocidio.*
- *Tener acceso seguro a las tierras y a unos recursos esenciales para su bienestar y estilos de vida.*

Entonces, además de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en la normativa vigente peruana e internacional, los miembros de los pueblos indígenas u originarios tienen derechos reconocidos en el Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones

³ <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/historia.html>

⁴ <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

⁵ <https://amnistia.org.pe/nuestros-temas/derechos-de-los-pueblos-indigenas/>

Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en atención a las características propias que revisten a estas comunidades, quienes desarrollan sus vidas en armonía con las costumbres milenarias heredadas de generación en generación, respetando su cosmovisión de la vida.

Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el Convenio), también conocido como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989, ha sido ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253 y se encuentra vigente desde el 2 de febrero de 1995. Es el primer convenio que aborda íntegramente a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

El artículo 2 del Convenio, habla de la obligación que tiene el Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas: **"Los gobiernos deben 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 garantizar el respeto de su integridad"**. [Énfasis agregado]

Asimismo, el Estado deberá incluir 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**⁶; además, faculta a los gobiernos a utilizar **las medidas especiales que se precisan para salvar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados**⁷.

Del mismo modo, la aplicación del Convenio en los países que han ratificado su adhesión, deberán aplicar las siguientes disposiciones⁸:

- (a) *Debe reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la naturaleza de los problemas que se les plantean tanto colectivamente como individualmente;*
- (b) *Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;*
- (c) *Deben adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que*

⁶ Artículo 2, inciso b), del Convenio 169 de la OIT

⁷ Artículo 4, inciso 1), del Convenio 169 de la OIT

⁸ Artículo 5 del Convenio 169 de la OIT

experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Es en este Convenio que se reconoce el derecho a la "Consulta Previa", introduciendo por primera vez la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos:

Artículo 6^º

1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deben:*

- (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 pueden 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 naturaleza 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 realizadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. [Énfasis nuestro]*

El artículo 12 de la Convención, también establece el derecho a la protección contra la violación de sus derechos: "Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducta 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 comprenderse en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces." [Énfasis nuestro]

El derecho a la "consulta previa" se encuentra íntimamente ligado a la atribución que tienen los pueblos indígenas a ser consultados respecto a su disposición o no, de permitir que el gobierno disponga de sus propiedades ancestrales, para la

⁹ Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

ejecución de actividades extractivas, en el marco de lo dispuesto en las normas específicas de la materia.

Por ello, el Convenio 169 de la OIT tuvo a bien desarrollar estos casos, estableciendo obligaciones a los gobiernos firmantes:

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 revisa 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.**

(...)

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 se perjudicarían, 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 nuestro]

Como es de verse, el Convenio 169 de la OIT ha dotado del mecanismo de "Consulta Previa" a los pueblos indígenas para que, cuando se tomen decisiones en materia administrativa o legislativa que los involucren, se les consulte sobre su posición respecto a la adopción o no de estas propuestas, estableciendo la obligación en el Estado, de formular y ejecutar las acciones que puedan materializar esta consulta, asimismo, lo faculta a dirigir recursos para tal fin.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

En el año 2007, se suscribió la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante la Declaración), la cual, acepta la necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en tratados, acuerdos y otros instrumentos constructivos con los Estados.

El espíritu de la Declaración reafirma el respeto a la voluntad de los pueblos indígenas, ya que si controlan los acontecimientos que los afecten a ellos, sus tierras, sus territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones, además, valora el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas, puesto que contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente¹⁰.

Asimismo, el artículo 3 de la Declaración, establece que *"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."*

Ahora bien, la Declaración va más allá de lo esquematizado por el Convenio 169, y desarrolla entre otros, el derecho a la consulta previa, remarcando la necesidad de ejecutar este proceso antes de la adopción de medidas por parte del Estado que los afecte, así como la obligación de crear mecanismos de resarcimiento, en el caso se vulneren sus derechos¹¹:

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

(...)

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;*

¹⁰ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

¹¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

- b) *Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;*
(...)

La Declaración es muy clara respecto al derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, resaltando la una cualidad muy importante en esta figura, que la consulta a los pueblos indígenas sea antes de la adopción de las medidas legislativas o administrativas que los afecte, a fin de obtener su conocimiento libre e informado¹²:

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. [Énfasis agregado]

Sobre si es vinculante o no la presente herramienta, la Organización de Naciones Unidas – ONU señaló:

*"En general las declaraciones de las Naciones Unidas no tienen fuerza jurídica obligatoria, pero sí **representan la elaboración dinámica de normas jurídicas internacionales y reflejan el compromiso de los Estados de avanzar en una cierta dirección y de respetar determinados principios.** En todo caso, se considera por lo general que la **Declaración no crea nuevos derechos, sino que especifica o proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos de resonancia universal** por lo que respecta a su aplicación a los pueblos y personas indígenas. En este sentido, **la Declaración tiene un efecto vinculante para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo.** (...) "¹³ [Énfasis agregado]*

¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

¹³ https://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración Americana, ratificada por el Estado peruano, fue aprobada por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos en el año 2016, la misma señala lo siguiente:

"Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. 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.¹⁴ [Énfasis agregado]

La Declaración Americana también reconoce el derecho a la consulta previa en los mismos términos que los anteriores instrumentos internacionales.

La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (en adelante La Ley), que desarrolla en el ámbito nacional el proceso de la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, fue promulgada en el año 2011, y cuenta con un Reglamento, publicado en el año 2012.

Al respecto, la Ley establece el siguiente concepto al derecho a la consulta previa¹⁵:

"Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o

¹⁴ <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

¹⁵ Artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

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. [Énfasis agregado]

Asimismo, en concordancia con el Convenio y la Declaración, la ley tiene los siguientes principios¹⁶:

"a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

(...)

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. [Énfasis agregado]

De acuerdo a lo anteriormente dicho, la Ley N° 29785 desarrolla el proceso de consulta previa, estableciendo parámetros para identificar a los beneficiarios del mismo, numerando las etapas del proceso, y señalando ciertos requisitos que debe cumplir el proceso, con la finalidad de hacerlo accesible y respetuoso para los pueblos indígenas que van a aplicarlo.

No obstante ello, la Ley no señala claramente la postura que deberá adoptar el Estado, cuando el resultado del proceso de la consulta previa, no le fuera favorable a la cuestión planteada por el Estado, al respecto solo indica en su artículo 15, que:

¹⁶ Artículo 4 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

"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."

Que, si bien es cierto, el Perú está cumpliendo con implementar el proceso de la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, resulta necesario esclarecer si existe el respeto a la voluntad de la comunidad, expresada en el resultado del proceso de la consulta previa, aún si no es favorable a la propuesta presentada por el Estado, especialmente, en el caso de los permisos para explotar recursos en territorios comunales o propiedades ancestrales de los pueblos indígenas u originarios.

Si a pesar de la denegatoria de la comunidad, el Estado decide realizar determinado acto administrativo de disposición de tierras comunales, bajo el amparo implementar "medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos originarios", ¿sería válido afirmar que existe respeto al derecho de la consulta previa? ¿O es que estamos ante la vulneración del mismo, tomando en consideración que no se estaría respetando la voluntad del pueblo indígena u originario?

Contradicciones en pronunciamientos del TC

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, en el proceso de amparo, interpuesto por las comunidades campesinas de Chila Chambilla y Chila Pucará, del departamento de Puno, ha causado reacciones diversas en los pueblos indígenas u originarios del país e instituciones, a consecuencia de la decisión adoptada por el máximo intérprete de las leyes en el Perú.

La aludida Sentencia, luego de hacer un breve análisis al petitorio presentado, referido a la no implementación del mecanismo de la consulta previa por parte del Estado, señala que *"el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental"*.

Al respecto, es cierto que el marco legal vigente no le otorga a la Consulta Previa el rango de "derecho fundamental" per se, puesto que taxativamente no se encuentra plasmada como tal, sin embargo, al hacer un análisis sobre las implicancias y la naturaleza de la consulta previa, conforme a lo expuesto, podemos concluir que el derecho a la consulta previa es de suma necesidad para la manifestación de la voluntad de los pueblos indígenas u originarios, en base a la determinación de la voluntad informada, libre y previa.

Contrariamente a la escueta sustentación de la aludida sentencia, anteriormente, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia recaída en el expediente N.º 0022-2009-PI/TC, desarrolla la consulta previa, al respecto, en las consideraciones del 37 al 40, explica el contenido de dicho derecho:

"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 las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta." [Énfasis nuestro]

Por lo tanto queda evidenciado, que el Tribunal Constitucional aplica distintos criterios de evaluación y ponderación, sin uniformidad respecto a las opiniones que tiene respecto al derecho de la consulta previa, causando incertidumbre en las

comunidades respecto a los alcances de sus propios derechos, en una clara vulneración de los principios de predictibilidad, uniformidad y seguridad jurídica.

Estabilidad jurídica para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, mediante la protección del derecho a la Consulta Previa, elevándolo a derecho constitucional

El derecho a la consulta previa como herramienta, valida la expresión de la libre determinación de los pueblos, siempre y cuando se respeten los principios que han sido recogidos por el legislador, al aprobar la Ley N° 29785.

Asimismo, debe considerarse a la "consulta previa" como un derecho que va más allá, pues es el reconocimiento y revaloración de sus opiniones, es la materialización de la justicia al ser considerados como parte de la sociedad, es la garantía de la no exclusión de sus pueblos, por el contrario, esta mecanismo debe garantizar la aceptación de su voluntad sobre cómo desean vivir y, que necesidades tienen y necesitan cubrir por parte del Estado.

De otro lado, en mérito a la desfavorable y contradictoria Sentencia del Tribunal Constitucional - TC, recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, la Defensoría del Pueblo, mediante un comunicado de fecha 05 de marzo de 2022, señaló lo siguiente sobre la consulta previa ¹⁷:

"(...)

3. La consulta previa es un derecho fundamental que forma parte del ordenamiento jurídico peruano, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política. Del mismo modo, de acuerdo con la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, el Estado peruano no puede invocar disposiciones de su derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales, más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha concluido que los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte tienen rango constitucional (STC N° 0025-2005-PI/TC, fundamento 26).

"(...)

5. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se aleja de manera injustificada de los estándares previamente establecidos a lo largo de su jurisprudencia. Dicha situación afecta los principios de

¹⁷ <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/>

predictibilidad, uniformidad y seguridad jurídica, así como la debida motivación de las resoluciones judiciales.

6. Asimismo, la resolución emitida por el Tribunal Constitucional es contraria a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que prescribe que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Norma Fundamental 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", así como al artículo 3 de la misma Carta, que establece que la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

7. Por otro lado, el Tribunal se pronuncia de la forma menos favorable para la optimización de los derechos a la identidad cultural y étnica, participación y consulta previa, afectando los derechos de casi seis millones de personas que se autoidentifican como parte de un pueblo indígena en nuestro país, contraviniendo de manera flagrante el principio pro persona.

8. Igualmente, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional desconoce la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana y el deber de aplicar el control de convencionalidad para respetar y garantizar los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interamericano, lo que podría generar la responsabilidad internacional del Estado. [Énfasis agregado]
(...)"

Del mismo modo, el Ministerio de cultura, también se pronunció respecto a la aludida Sentencia del TC¹⁸:

"(...)

1. 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 originarios en el Perú, la misma que representa un distanciamiento a la línea jurisprudencial que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional durante los últimos años.

¹⁸ <https://www.tvperu.gob.pe/noticias/nacionales/ministerio-de-cultura-senalo-preocupacion-por-fallo-del-tc-que-desconoce-derecho-a-la-consulta-previa>

2. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa forman parte del derecho nacional, desde el 2 de febrero del año 1995 (conforme a lo señalado en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú) y, en consecuencia, debe ser respetado y garantizado por el Estado peruano.
3. Cabe precisar que, la Sentencia del TC no constituye un precedente vinculante, conforme al artículo VI del Código Procesal Constitucional. En esa línea, **el Ministerio de Cultura como entidad rectora, seguirá impulsando la garantía de la implementación del derecho a la consulta previa, como derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios, a la luz del convenio 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa y su Reglamento.**

Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

"(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones."(fund. 134).

El Estado peruano ha implementado alrededor de 70 procesos de consulta previa en todo el territorio nacional, a partir del año 2011 a la fecha.

Ante la discordancia de las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, siendo que recae en el expediente N° 03066-2019-PA/TC una opinión que debilita institucionalidad de la Consulta Previa, lo cual, podría vulnerar en el futuro el derecho de millones de personas identificadas como miembros de pueblos indígenas u originarios del Perú, urge contar con la elevación del derecho a la consulta previa como derecho constitucional y fundamental de estas comunidades, como reivindicación de estas comunidades, toda vez que el Estado peruano es una nación pluricultural y pluriétnico.

Por ello, es de sumo interés e importancia dotar a este derecho de todas las prerrogativas que tiene un derecho constitucional, con la finalidad de garantizar su protección y su correcta implementación, en marco de las normas internacionales ratificadas por el Estado, siendo nuestro objetivo que los pueblos indígenas u originarios del Perú disfruten plenamente de los derechos y libertades reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico interno y externo, así como por las instituciones

peruanas y supranacionales, no solo para proteger la voluntad de las comunidades, sino también para cautelar los derechos que se vinculan a ella, tales como el derecho a la propiedad, entre otros.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta de reforma constitucional tiene como objeto modificar el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, incorporando el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, de conformidad a lo ya dispuesto en la legislación nacional, a través de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Asimismo, el reconocimiento de este derecho a nivel constitucional, va acorde al marco normativo nacional actual y a la legislación supranacional del cual, el Estado peruano ha presentado su adhesión y ratificación, guardando absoluta coherencia con las normas vigentes.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La implementación de la presente iniciativa legislativa, no genera gasto al erario nacional, toda vez que la figura de la Consulta Previa está recogida en nuestra legislación nacional, en mérito a la suscripción del Estado peruano al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.

Asimismo, la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ya desarrollan el procedimiento que debe seguir la Consulta Previa, por lo que, desde la entrada en vigencia de dichas normas, el Estado peruano contempla la ejecución del presupuesto que conlleva materializar este proceso.

De otro lado, la necesidad de la dación de este proyecto, radica en la falta de uniformidad en los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, toda vez que, tal y como se ha visto en el apéndice I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA, el máximo intérprete de la Constitución y de las leyes en nuestro país, ha emitido sentencias en diferentes sentidos respecto a la Consulta Previa y sus alcances, resultando necesario hacer las precisiones correspondientes en nuestro

ordenamiento jurídico, con la finalidad de salvaguardar y garantizar la plena vigencia de este derecho, el cual es reconocido por entidades supranacionales.

Consideramos que la iniciativa será de mucho beneficio para todos los pueblos indígenas u originarios, pues hemos observado que constantemente se vulnera el derecho a la Consulta Previa en la toma de decisiones que los involucran directamente, siendo necesario elevar a rango Constitucional este derecho, a efecto que los pueblos indígenas u originarios puedan activar los mecanismos necesarios para defender su derecho a manifestar su consentimiento libre, previo e informado, antes de la ejecución de acciones por parte del Estado, que pudieran afectar el normal desarrollo de sus vidas en la comunidad.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

El presente Proyecto de Ley guarda relación con los siguientes instrumentos:

Agenda legislativa para el Periodo Anual de Sesiones 2021-2022

I. Democracia y estado de derecho

1. Fortalecimiento del régimen democrático y del estado de derecho:
 2. Reformas constitucionales
3. Afirmación de la identidad nacional:
 8. Defensa de los pueblos originarios y comunidades campesinas

Políticas de Estado del Acuerdo Nacional

I. Democracia y Estado de Derecho

3. Afirmación de la identidad nacional

(a) promoverá la protección y difusión de la memoria histórica del país; (b) desarrollará acciones que promuevan la solidaridad como el fundamento de la convivencia, que afirmen las coincidencias y estimulen la tolerancia y el respeto a las diferencias, para la construcción de una auténtica unidad entre todos los peruanos; y (c) promoverá una visión de futuro ampliamente compartida, reafirmada en valores que conduzcan a la superación individual y colectiva para permitir un desarrollo nacional armónico y abierto al mundo.

4. Institucionalización del diálogo y la concertación

(a) Promoverá y consolidará una cultura de diálogo y concertación; (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.

III. Competitividad del País

19. Desarrollo sostenible y gestión ambiental

(a) Fortalecerá la institucionalidad de la gestión ambiental optimizando la coordinación entre la sociedad civil, la autoridad ambiental nacional, las sectoriales y los niveles de gestión descentralizada, en el marco de un sistema nacional de gestión ambiental; (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.

IV. Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado

28. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial

(f) adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos y asegurará la sanción a los responsables de su violación

34. Ordenamiento y gestión territorial

Nos comprometemos a impulsar un proceso estratégico, integrado, eficaz y eficiente de ordenamiento y gestión territorial que asegure el desarrollo humano en todo el territorio nacional, en un ambiente de paz. Este proceso se basará en el conocimiento y la investigación de la excepcional diversidad del territorio y la sostenibilidad de sus ecosistemas; en la articulación intergubernamental e intersectorial; en el fomento de la libre iniciativa pública y privada; y en la promoción del diálogo, la participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos originarios. Para estos efectos entendemos el territorio como el espacio que comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre y en el que se desarrollan relaciones sociales, económicas, políticas y culturales entre las personas y el entorno natural, en un marco legal e institucional; y en el que convergen los intereses, identidades y culturas de las poblaciones.