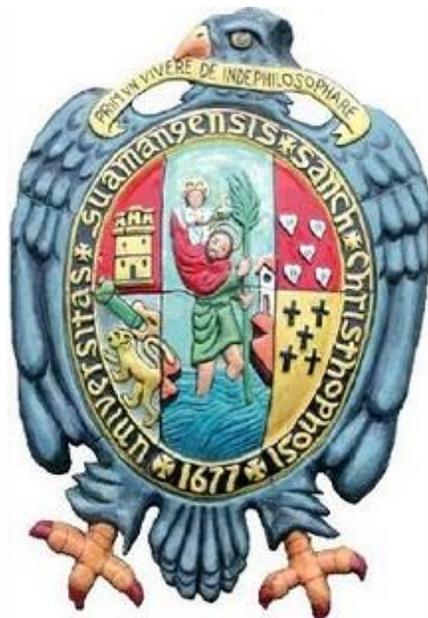


**UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**ESCUELA DE FORMACION PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO**

**“Los actos administrativos de concesión minera otorgadas en la  
Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, en el marco del  
Derecho a la Consulta Previa”**

**Bach. Gilver Lizana Villanueva**

**Ayacucho, mayo 2018**

## Dedicatoria

*A mi querida madre, por su lucha constante ante la adversidad de la vida y sus sueños obstinados de ver a todos sus hijos profesionales; a mi padre por enseñarme la fuerza de la voluntad; a los pueblos de Picchaco, Ocobamba, Rumichaca, La Granja, Patacancha, Rumira, Willoc y Topay, por enseñarme que la identidad es el alma de los pueblos y que la solidaridad aún pervive en el mundo del individualismo.*

## Contenido

Resumen .....	1
Introducción.....	3
Capítulo I: Aspecto Metodológicos	
1. Diagnostico situacional.....	5
2. Formulación y sistematización del problema.....	7
2.1. Problema general.....	7
2.2. Problemas específicos.....	7
3. Objetivos.....	7
3.1. Objetivo general.....	7
3.2. Objetivos específicos.....	7
4. Justificación de la investigación.....	8
5. Formulación de hipótesis, variables e indicadores.....	9
5.1. Hipótesis.....	9
5.1.1. Hipótesis general.....	9
5.1.2. Hipótesis Especifico.....	9
5.2. Variables.....	10
5.2.1. Variables independientes.....	10
5.2.2. Variable dependiente.....	10
5.3. Indicadores.....	10
6. Definición del tipo de investigación.....	10
7. Selección del diseño de la investigación.....	10
8. Determinación del universo, selección de muestra y unidades de análisis .....	10
8.1. Determinación del universo.....	10
8.1.1. Ámbito espacial. ....	10

8.1.2. Ámbito temporal.....	11
8.2. Selección de muestra.....	11
8.3. Unidades de análisis.....	11

## Capítulo II: Marco Teórico

1. El derecho a la consulta previa.....	12
1.1. Antecedentes y desarrollo histórico.....	12
1.1.1. Sometimiento indígena (Siglo XV-XVI).....	13
1.1.2. La tutela indígena en el periodo colonial de carácter segregacionista (Siglo XVI al XIX).....	13
1.1.3. La tutela indígena en era republicana, de carácter asimilacionista, bajo el horizonte del liberalismo (Siglo XIX a inicios del XX).....	15
1.1.4. La tutela indígena, de carácter integracionista, bajo el horizonte del constitucionalismo social (Siglo XX).....	17
1.1.5. La tutela en la normativa internacional integracionista.....	19
1.1.6. Hacia el cuestionamiento del modelo tutelar.....	22
1.1.7. De la tutela al control de las propias instituciones y forma de vida.....	22
1.2. Definición del derecho a la consulta.....	23
1.3. Naturaleza del derecho a la Consulta.....	24
1.4. Fundamentos del derecho a la consulta.....	25
1.5. Ámbito del derecho a la consulta.....	26
1.6. Finalidad de derecho a la consulta.....	26
1.7. Sujetos del derecho a la consulta.....	28
1.8. Principios del derecho a la consulta.....	28
1.9. Etapas del derecho a la consulta.....	32
1.10. Características del proceso de consulta.....	34
1.11. Diferencias de otros derechos similares.....	37
1.11.1. Derecho a la libre determinación.....	37
1.11.2. Derecho a la participación.....	37
1.11.3. Derecho a la información.....	38
1.11.4. Derecho al consentimiento previo, libre e informado.....	39

2. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo.....	41
2.1. Aspectos generales del Convenio.....	41
2.2. Naturaleza jurídica del Convenio.....	42
2.3. Fundamentos del Convenio.....	42
2.4. Objeto del Convenio.....	43
2.5. Alcances del Convenio .....	43
2.6. Limitaciones del Convenio.....	44
2.7. Países que aprobaron y ratificaron el Convenio 169 .....	45
2.8. Fuerza obligatoria del Convenio 169 de la OIT.....	46
2.9. El Convenio N° 169 de la OIT en el Perú.....	47
2.9.1. Aprobación y ratificación.....	47
2.9.2. Jerarquía normativa del Convenio.....	47
2.9.3. Fuerza normativa directa e inmediata del Convenio.....	50
3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	51
3.1. Aspectos generales.....	51
3.2. Naturaleza jurídica de la Declaración.....	53
3.3. Contenido de la Declaración .....	54
3.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Estado peruano.....	55
4. Teorías de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno.....	56
4.1. La teoría monista.....	56
4.2. La teoría dualista.....	57
4.3. La teoría ecléctica o integradora.....	57
5. Medidas administrativas .....	58
5.1. Definición .....	58
5.2. Incidencia del principio de legalidad.....	59
5.3. Fuentes del procedimiento administrativo.....	59
5.4. La validez de actos administrativos.....	60
5.5. Objeto o contenido del acto administrativo.....	61
5.6. Invalidez del acto administrativo.....	62

5.7. La nulidad de actos administrativos.....	63
5.8. Anulabilidad del acto administrativo.....	64
5.9. Nulidad y anulabilidad.....	65
5.10. Revisión de un acto administrativo.....	65
5.11. Efectos de la Declaración de Nulidad.....	67
6. Lesión de derechos fundamentales por actos administrativos.....	68
6.1. La Constitución y los TIDH como criterios de validez de las decisiones del Estado.....	70
7. Las concesiones mineras.....	72
7.1. Naturaleza jurídica de las concesiones.....	72
7.2. Tratamiento constitucional de las concesiones mineras.....	75
7.3. Tratamiento legal de las concesiones mineras.....	75
7.4. Procedimientos de acceso a las concesiones mineras.....	76

Capítulo III: Antecedentes generales para entender el proceso de implementación del derecho a la consulta en nuestro país.

1. De los actos realizados por el gobierno peruano.....	78
1.1. Promoción de la inversión privada. ....	78
1.2. Promulgación de decretos legislativos sin previa consulta.....	78
1.3. Manifestaciones de la política de desarrollo para la Amazonía.....	79
2. Observaciones de organismos internacionales.....	80
3. Marco jurídico nacional referencial sobre el derecho a la consulta antes de la emisión de la ley de consulta y su respectivo reglamento.....	81
3.1. Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobado por Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH. Una de las primeras menciones expresas al derecho a la Consulta.....	82
3.2. Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG. Propuestas de procesos de consulta parcialmente eficaces.....	82
3.3. Ley General del Ambiente, Ley N° 28611. Aspectos importantes del derecho a la consulta para el aprovechamiento de recursos naturales en áreas habitadas por pueblos indígenas.....	82
3.4. Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2008-EM. Proceso informativo y no de consulta.....	83

3.5. Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM. La consulta se realiza posteriormente a la concesión.....	83
4. La conflictividad social derivada del incumplimiento del derecho a la consulta previa.....	85
5. Procesos de consulta previa .....	90
5.1. Consulta Previa para el Proyecto de explotación minera Apumayo.....	91
5.2. Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Apumayo.....	93
5.3. Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Puquiopata.....	97

#### Capítulo IV: Fundamentos jurídicos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú

1. De los instrumentos normativos internacionales vigentes.....	100
1.1. El Convenio 169 OIT en el Perú.....	100
1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.....	100
1.3. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: efecto indirecto o irradiador.....	100
2. Marco jurídico nacional vigente.....	102
2.1. Constitución Política del Perú.....	102
2.2. Desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta previa por el Tribunal Constitucional.....	103
3. La Ley de Consulta Previa y su respectivo Reglamento .....	115
3.1. Derecho a la consulta en la Ley N° 29785.....	115
3.2. El derecho a la consulta previa en el Decreto Supremo N° 001-2012-MC (Reglamento de la Ley N° 29785).....	127

#### Capítulo V: Pueblos Indígenas como titulares de derechos colectivos

1. Pueblos Indígenas.....	131
1.1. Definición. ....	131
1.2. Identificación.....	131
1.3. Reconocimiento normativo.....	132
2. Base de Datos de Pueblos Indígenas u originarios.....	134
3. Pueblos Quechuas. ....	136
3.1. Historia.....	137
3.2. Instituciones sociales, económicas y políticas.....	140
3.3. Creencias y prácticas ancestrales .....	141

Capítulo VI: Las concesiones mineras otorgadas en la región Ayacucho en el periodo 1995 al 2011	
1. Contexto de la Región Ayacucho.....	145
1.1. Ubicación geográfica.....	146
1.2. División política. ....	146
1.3. Densidad poblacional.....	148
1.4. Aspectos socio culturales.....	148
2. Pueblos Indígenas en el Departamento de Ayacucho.....	151
3. Situación minera de Ayacucho.....	155
3.1. Concesiones mineras.....	155
3.2. Crisis por la minería en Ayacucho.....	164
 Capítulo VII: Presentación, Procesamiento y Análisis de Resultados	
1. Presentación de resultados.....	167
1.1. Universo. ....	167
1.2. Muestra. ....	167
2. Procesamiento y análisis estadístico de resultados.....	168
2.1 De los expedientes administrativos de concesión minera .....	168
2.2. De las autoridades de las comunidades involucradas con la concesión minera .....	176
 Capítulo VIII: Contrastación de Hipótesis.....	185
 Conclusiones.....	189
Recomendaciones.....	193
Referencias bibliográficas.....	196
Matriz de consistencia.....	204
Anexos.....	207

## RESUMEN

La presente investigación, busca establecer la validez de los actos administrativos de concesión minera, otorgadas por Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa, recogida por el Convenio 169 de la OIT, suscrita y ratificada por el Estado peruano; para cuyo efecto se ha dividido en siete capítulos: el primer capítulo comprende los aspectos metodológicos, que abarca el diagnóstico situacional, formulación y sistematización del problema, los objetivos, justificación de la investigación, la formulación de hipótesis, variables, indicadores, definición del tipo de investigación, selección del diseño de la investigación, determinación del universo, selección de muestra y su unidad de análisis.

El segundo capítulo consiste en un estudio doctrinario del problema analizado, donde sobresalen el antecedente, desarrollo histórico, principios, finalidades y características del derecho a la consulta, aceptados por el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas; así como la naturaleza, la fuerza normativa, la jerarquía normativa del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo y de La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Incluye este capítulo las teorías de incorporación del derecho internacional en el derecho interno y la validez de las medidas administrativas, así como una referencia sobre las concesiones mineras.

El tercer capítulo explica los antecedentes generales, que permite entender el proceso de implementación del derecho a la consulta en nuestro país, ya que como todos sabemos que para lograr la ley que comprende el derecho a la consulta previa, se tuvo que transcurrir por situaciones políticas, jurídicas y sociales, hasta cierto punto críticas.

El cuarto capítulo contempla el fundamento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, ubicadas en los instrumentos normativos internacionales vigentes, como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como en el marco jurídico nacional que comprende algunos artículos de la Constitución Política del Perú, desarrollo jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Ley de Consulta Previa y su respectivo Reglamento.

El quinto capítulo describe los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos, en especial a los pueblos quechuas.

El sexto capítulo, contiene las concesiones mineras en la Región de Ayacucho, claro haciendo de manera previa la contextualización de la misma región, a fin de cotejar el tipo de población involucrada con las medidas administrativas de concesión minera.

El séptimo capítulo contiene la presentación, el procesamiento y el análisis estadístico de los resultados. Para tal el efecto, se analizaron diecinueve expedientes administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, así como la encuesta a diecinueve autoridades indígenas.

Finalmente el último capítulo contiene la comprobación de la hipótesis, con las explicaciones y sustentos jurídicos pertinentes.

## INTRODUCCION

Para nadie es un secreto que el Estado peruano ha ido implementando, de modo cada vez más creciente e intenso, un modelo de desarrollo económico basado en las actividades económicas de extracción de recursos naturales; no obstante, paradójicamente, dicho impulso coexiste con el desconocimiento de una serie de normas internacionales, como tratados y declaraciones, que son vinculantes y donde se reconocen derechos y principios a favor de los pueblos indígenas. Situación que se agrava en un contexto de fuerte conflictividad socio ambiental.

Específicamente, el Ministerio de Energía y Minas ha venido otorgando concesiones mineras en territorio de los pueblos indígenas, sin realizar procesos de consulta previa, aun a pesar de que el Estado peruano había suscrito y ratificado el Convenio 169 de la OIT, que es un tratado internacional de derechos humanos cuyas disposiciones no solo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional. Por tanto, la obligación de realizar un proceso de consulta previa es un requisito a tomar en cuenta para evaluar la validez de los referidos actos administrativos de concesión.

Por ello el objetivo de la presente investigación es determinar la validez de los actos administrativos de concesión minera otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la región Ayacucho, entre el periodo comprendido por los años 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa. A su vez, esperamos demostrar cuáles son los efectos jurídicos del Convenio 169 de la OIT en el Sistema Jurídico Peruano en relación al reconocimiento del derecho de consulta de los pueblos indígenas; establecer si nos encontramos ante un derecho fundamental que el Estado peruano debió respetar durante el otorgamiento de concesiones mineras; así como determinar si la consulta fue un requisito para evaluar la validez de los actos administrativos de concesión minera otorgados entre el referido periodo de 1995 al 2011 en la Región Ayacucho.

Finalmente, al concluir el estudio documental y de campo, se llegó a la conclusión de que la hipótesis fue demostrada toda vez que del análisis de los expedientes administrativos de concesión minera, corroborada con los informes del Ministerio de Cultura, y de las encuestas de las máximas autoridades y líderes indígenas, ninguna de las concesiones mineras otorgadas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho en el periodo 1995 al 2011, fueron consultadas, por lo que devendrían en actos administrativos nulos.

## **CAPITULO I: ASPECTO METODOLÓGICOS**

### **1. Diagnóstico Situacional**

El Estado peruano se ha caracterizado por suscribir una serie de normas internacionales como tratados y declaraciones donde se reconoce derechos y principios a favor de los pueblos indígenas. Tal es así que fuimos uno de los primeros países de Latinoamérica en ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Americana de Derechos Humanos y, hace relativamente poco tiempo, el 2007, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Sin embargo, paradójicamente, el Estado peruano durante las dos últimas décadas, continuando con la implementación de un modelo de desarrollo económico basado en las actividades extractivas (minería, petróleo, gas y forestales), ha venido legislando y promoviendo políticas públicas que buscan favorecer a las empresas extractivas de recursos naturales, desconociendo diversos derechos fundamentales, en lugar de garantizarlos, reduciendo al mínimo los requisitos ambientales y relegando a las poblaciones en quienes incide directamente los efectos.

Esta actitud del Estado peruano con sus obligaciones jurídico internacionales, no sólo ha provocado su deslegitimización sino el crecimiento de los conflictos socio ambientales, entre las comunidades, las entidades del Estado y el personal de las empresas, con consecuencias muchas veces lamentables y con pérdidas de vidas humanas, ello ante la falta de mecanismo de diálogo en el que se comprometan las necesidades de estas poblaciones, la potencialidad del Estado y las empresas.

Este es el caso de Ayacucho que en los últimos años ha visto expandirse el número de concesiones mineras y el porcentaje de hectáreas que ocupa su territorio: el año 2002 las concesiones mineras ocupaban 421,424 hectáreas (lo que equivalía al 9.62% de todo el territorio de la región) mientras que al mes de junio del año 2011 ya alcanzaban los 1'394,359.6 hectáreas (lo que equivale el 31.82% del territorio de la toda la región)<sup>1</sup>, realizadas sin cumplir con el proceso de consulta a las comunidades campesinas, pese a que el Estado al suscribir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, se obligó entre otros a que las concesiones, como actos administrativos en los que se encuentran comprometidos derechos de pueblos indígenas, fueran otorgadas previo cumplimiento de un proceso de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas afectados; evidenciándose así una manifiesta vulneración de lo previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado internacional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD), el 26 de noviembre de 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 05 de diciembre de 1993. El depósito (registro) internacional se hizo el 02 de febrero de 1994 y adquirió vigencia en nuestro país desde el 02 de febrero del año 1995, es decir a un año del registro de la ratificación. Desarrollado legislativamente por el congreso recién el año 2011, que contradice la naturaleza autoaplicativa del Convenio reconocida en todos los países que han implementado el mencionado instrumento y que directamente fueron a reglamentar la consulta previa en los diferentes sectores productivos.

Conllevando así que en nuestro país, pugnen dos fuerzas, dos sentimientos encontrados, la que siente que el Convenio 169 de la OIT, estuvo vigente desde el 02 de febrero de 1995, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo, y la que piensa que este derecho formalmente nace a partir de la vigencia de la Ley de Consulta Previa (2011).

En este escenario nos hemos planteado si las concesiones otorgadas omitiendo realizar un proceso de consulta previa, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en ordenamiento jurídico peruano (1995) hasta la promulgación de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (2011), resultaban validas en términos jurídico constitucionales.

---

<sup>1</sup> **COOPERACIÓN.** *Informe de Seguimiento de Concesiones Mineras en el Perú*, Lima, Cooper Acción – Acción Solidaria para el desarrollo, 2011 [Consultado 22 de junio 2012]. Disponible en: <http://www.cooperacion.org.pe/MAPAS/informes-concesiones/2011/Ayacucho.pdf>.

Es así que resaltando la particular situación en el que se encuentran los pueblos indígenas, de vulneración sistemática de sus derechos fundamentales, urge la necesidad de un compromiso real del Estado, de un lado de garantizar la plena eficacia de los derechos inherentes a ellos y de otro de construir mecanismos públicos y privados que permitan que estos elementales derechos alcancen sus mayores niveles de materialidad.

## **2. Formulación y Sistematización del Problema**

### **2.1. Problema General**

¿Son válidos los actos administrativos de concesión minera emitidos por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de pueblos indígenas de la Región de Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa?

### **2.2. Problemas Específicos**

**2.2.1.** ¿Cuáles son los efectos jurídicos del Convenio 169 de la OIT en el sistema jurídico peruano, en relación al reconocimiento del derecho de consulta de poblaciones indígenas?

**2.2.2.** ¿El derecho a la consulta es un derecho fundamental que el Estado peruano debió garantizar durante el otorgamiento de concesiones mineras en la Región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011?

**2.2.3.** ¿La consulta fue un requisito de validez de los actos administrativos en los procedimientos de concesión minera otorgados entre el periodo 1995 al 2011 en la Región Ayacucho?

## **3. Objetivos**

### **3.1. Objetivo General**

Determinar la validez de los actos administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta.

### **3.2. Objetivos Específicos**

**3.2.1.** Demostrar los efectos jurídicos del Convenio 169 de la OIT en el Sistema Jurídico Peruano, en relación al reconocimiento del derecho de consulta de poblaciones indígenas.

**3.2.2.** Establecer si el derecho a la consulta es un derecho fundamental que el Estado peruano debió respetar durante el otorgamiento de concesiones mineras en la región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011.

**3.2.3.** Determinar si la consulta fue un requisito de validez de los actos administrativos de concesión minera otorgados entre el periodo 1995 al 2011 en la región Ayacucho.

#### **4. Justificación de la Investigación**

La Comisión de Expertos de la OIT manifestó su profunda preocupación respecto de los incidentes que se produjeron en Bagua en junio de 2009 y consideraron que estos hechos estuvieron relacionados con la adopción de decretos que afectan a los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran bajo el manto del Convenio 169 de la OIT, sobre sus tierras y recursos naturales, sin su consulta y participación, para el cual tomaron nota de las preocupaciones expresadas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, así como del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. Por otra parte, la Comisión instó al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos indígenas por el mencionado Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Asimismo, le solicitó que: i) suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio; ii) proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio. Finalmente, la Comisión de Expertos solicitó al Gobierno peruano que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades.

En este sentido, la presente investigación, se justifica en la medida que permite evidenciar mecanismo jurídicos que permitan a los pueblos indígenas la reivindicación de sus derechos

colectivos, por cuanto la omisión del derecho a la consulta en las concesiones mineras afectó diversos derechos fundamentales (vida, salud, integridad física, a un ambiente saludable, a su cultura e identidad, territorio, recursos de los que dependen, entre otros); mas aún si consideramos que estos grupos humanos se encuentran en particular estado de indefensión; asimismo, complementariamente es conveniente para el Estado y para las empresas extractivas porque permitirá identificar mecanismos que conlleven mejorar la relación con los pueblos indígenas.

## **5. Formulación de Hipótesis, Variables e Indicadores**

### **5.1. Hipótesis**

#### **5.1.1. Hipótesis General**

Las concesiones mineras en territorio de pueblos indígenas de la región de Ayacucho, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, entre los años 1995 y 2011, son actos administrativos nulos debido a que no han cumplido con llevar a cabo un proceso de consulta previa conforme lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

#### **5.1.2. Hipótesis Específica**

**5.1.2.1.** El efecto de la suscripción por el Estado peruano del Convenio 169, conllevó que las disposiciones contenidas en esta última formen parte del sistema jurídico peruano, y consiguientemente obliguen al Estado a su irrestricto cumplimiento; tanto más si el Tribunal Constitucional no sólo desarrolló el contenido constitucional del derecho a la consulta sino que además lo reconoció como derecho fundamental.

**5.1.2.2.** El derecho a la consulta, es un derecho fundamental reconocido de manera expresa a partir de la ratificación por parte del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la que se desarrolla el contenido material del derecho en mención.

**5.1.2.3.** El derecho a la consulta como derecho fundamental, sí resultó un requisito de validez de los actos administrativos, específicamente en las concesiones mineras otorgadas en la región Ayacucho en los periodos comprendidos entre los años 1995 al 2011.

## **5.2. Variables**

### **5.2.1. Variables Independientes**

El derecho a la consulta como derecho fundamental y como requisito de validez.

### **5.2.2. Variable Dependiente**

Los actos administrativos autoritativos de concesión minera comprendidos entre los años 1995 y 2011, otorgados por el Ministerio de Energía y Minas, en el ámbito del territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho.

## **5.3. Indicadores**

- Documentos de exposición y sustentación del Convenio 169 de la OIT.
- Texto del Convenio 169 de la OIT
- Declaraciones y diversos documentos de respaldo del Convenio 169 de la OIT.
- Sentencias del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la consulta
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la consulta previa y consentimiento

## **6. Definición del Tipo de Investigación**

El presente trabajo es de tipo de investigación descriptivo explicativo (jurídico social)

## **7. Selección del Diseño de la Investigación**

El diseño de investigación es uno de carácter no experimental, dogmático, documental y bibliográfico.

## **8. Determinación del Universo. Selección de Muestra. Unidades de Análisis**

### **8.1. Determinación del universo.**

#### **8.1.1. Ámbito Espacial.**

Pueblos indígenas y expedientes administrativos de concesiones mineras de la Región Ayacucho.

### **8.1.2. Ámbito Temporal.**

Las concesiones mineras otorgadas en la Región de Ayacucho en el periodo comprendido por los años 1995 al 2011.

### **8.2. Selección de muestra.**

Para la selección de la muestra de los actos administrativos se empleó el tipo de muestreo intencional u opinativo.

### **8.3. Unidades de análisis**

Resoluciones de concesión minera de tipo régimen general (Gran minería y mediana minería), otorgada por Ministerio de Energía y Minas.

## **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO**

### **1. El Derecho a la Consulta Previa**

#### **1.1. Antecedentes y Desarrollo Histórico**

La situación actual del derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, es el resultado de una larga historia, ya que los derechos de decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado forman parte de un corpus de derechos colectivos enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y los pueblos indígenas, los cuales rompen con la tradición tutelar anterior, representando el quiebre mayor con el fin de la tutela de los Estados. Antes de este nuevo marco de derechos, los Estados consideraban que los territorios donde habitaban pueblos originarios, estaban bajo su dominio y tutela y, por ende, bajo su sola decisión. De ahí las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y cultural que caracterizaron eras pasadas.

Cabe subrayar que las líneas explicativas aquí seguidas, fundamentalmente, persiguen los cambios producidos en el marco normativo y las políticas públicas adoptadas por el Estado, vinculando con la realidad de Latinoamérica, ya que los pueblos de esta parte del mundo, tienen un pasado en común. Ello no pretende obviar –aunque no es materia que desarrolla esta tesis- los procesos sociales y políticos desatados por las luchas de los pueblos indígenas, contexto en el que se dan los cambios normativos; pues “el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido un asunto pacífico, sino el resultado de luchas

y grandes sacrificios por parte de estas comunidades, en aras de reclamar el respeto de sus condiciones especiales y la cultura y el territorio que les corresponde”<sup>2</sup>.

**1.1.1. Sometimiento indígena (Siglo XV-XVI).** Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias autónomas en el siglo XVI, cuyos pobladores fueron –hasta hace poco –denominados indios<sup>3</sup>. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos como los Incas, los Aztecas y los Mayas, lo que implicó la desestructuración, el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, conllevando a la alineación de su capacidad para decidir libremente su destino. De allí como señala Raquel Yrigoyen Fajardo<sup>4</sup>, el sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior. A proposito del término “invasión hispana”, Roberto Fernández Retamar<sup>5</sup> cuestiona el topónimo descubrimiento cuando plantea que el único verdadero descubrimiento de este Continente fue hecho por los hombres que hace decenas de miles de años entraron en el provenientes de Asia. Tampoco es aceptable que hubiera dos descubrimientos: uno hechos por ellos, y otro por los vikingos o, lo que es más frecuente escuchar por Colón y los suyos.

**1.1.2. La tutela indígena en el periodo colonial de carácter segregacionista (Siglo XVI al XIX).** Por el hecho colonial los pueblos originarios quedaron en una posición política subordinada, en permanente situación de despojo territorial y bajo condiciones de explotación económica. Tal situación fue justificada a posteriori mediante la construcción colonial de la ideología de la “inferioridad natural de los indios”, tomando como punto de partida la tesis de Aristóteles de la desigualdad entre amos y esclavos; reforzada por los Cronistas de Indias – en el caso de Santo Domingo Oviedo-, cuyo factor le dio larga estabilidad al modelo colonial y

<sup>2</sup> VELA, Claudia Janneth. “La Consulta Previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los Pastos que habitan en el departamento de Mariño” [Tesis]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho, 2011, p. 08.

<sup>3</sup> De donde parte entonces el término “indio”, si originariamente ningún grupo cultural de esta parte del mundo llevaba esta definición?. Actualmente podemos señalar que esta acepción parte como producto de una equivocación, producida por el desconocimiento de la existencia de grupos diferentes a los de los españoles; y creyéndose que se había arribado según sus cálculos a las indias, todo habitante encontrado sería, consecuentemente, un “indio”. Es decir la terminología asignada a los antiguos habitantes de América, parte como producto de un error científico, geográfico y lingüístico.

<sup>4</sup> YRIGOYEN F. Raquel Sonia. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En: BERRAONDO L. Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Publicaciones del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006, p. 540.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ R., Roberto. “América Descubrimiento, Diálogo”. Actual Investigación. *Revista de la Dirección de Cultura y Extensión de la Universidad de los Andes Venezuela*, 23, Octubre 1992, pp. 49-58.

su sistema de expolio y subyugación; falacias que por cierto propiciaron la reacción humanista de los dominicos, en la voz de Fray Antón de Montesinos<sup>6</sup> al pronunciar su Sermón de Adviento y del Padre Bartolomé de las Casas. Por su parte el derecho se encargó de perennizar tal ideología, echando mano de categorías castellanas medievales, por lo que los “indios” fueron definidos jurídicamente como “menores, rústicos y miserables”<sup>7</sup>. Considerados como “hermanos menores” de los invasores, los pueblos originarios fueron encomendados al control y tutela de los “hermanos mayores”.

Es así que definidos como incapaces para conducirse y gobernarse, el destino indígena, legalmente, quedó en manos de tutores, encomenderos, protectores y otras instituciones establecidas por la Corona y la Iglesia. Desde entonces, inferioridad e incapacidad se convirtieron en los descriptores indígenas de las políticas públicas y las prácticas sociales, por los que la tutela indígena se convirtió en el instrumento legal del despojo de la capacidad de los pueblos para controlar su destino. Situación que describen muy acertadamente Raúl Arango y Enrique Sánchez en su obra los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio:

*“La Colonia generó una sociedad estratificada, diferenciada de acuerdo a los códigos de pertenencia étnica, de escasa movilidad social. En la cima de la pirámide social dominaban los funcionarios, comerciantes, religiosos y encomenderos españoles que alegaban su condición de “sociedad blanca”, les seguía la población de origen español, --nacida en América llamada “criolla” que no obstante su situación económicamente privilegiada, no tenía acceso a los cargos elevados de la administración Colonial. Como sectores sociales subordinados estaban los mestizos, hijos de hispanos y de personas con algún grado de ascendencia indígena o africana que se dedicaban a la artesanía, el pequeño comercio, el trabajo asalariado y las labores agrícolas, luego les seguían los indios, declarados vasallos libres, pero reducidos a las encomiendas, las mitas, y luego a los resguardos territoriales tributarios”<sup>8</sup>.*

<sup>6</sup> Esta voz, dijo él, que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y creador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado [en] que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo.

<sup>7</sup> **CLAVERO S.**, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, 1ª ed. Coyoacan - Mexico: Editorial Siglo XXI Editores, 1994, pp. 12 y 13.

<sup>8</sup> **ARANGO O.** Raúl & **SÁNCHEZ G.** Enrique. *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Población, cultura y territorio: Bases para el fortalecimiento social y económico de los Pueblos Indígenas*, 1ª Ed. Colombia: Departamento de Planeación de Colombia, 2004. p. 9.

Solo para efectos prácticos, el modelo colonial español, como en otros sistemas coloniales, configuró un patrón de pluralismo jurídico subordinado. “Esto es, el reconocimiento de autoridades indígenas, “usos y costumbres” y fuero indígena de modo subordinado a las leyes, religión y cultura del colonizador”<sup>9</sup>. Asimismo la Corona española, como se veía en la necesidad de gobernar grandes y diversas colonias, pueblos con idiomas y culturas diferentes, utilizó la técnica del “gobierno indirecto” a nivel local. “Esto consistió en el reconocimiento de autoridades indígenas, que conociesen la cultura y normas locales y pudieran tener ascendiente sobre la población nativa, pero quedando subordinadas y controladas por la autoridad colonial”<sup>10</sup>.

**1.1.3. La tutela indígena en era republicana, de carácter asimilacionista, bajo el horizonte del liberalismo<sup>11</sup>, (Siglo XIX a inicios del XX).** Bajo liderazgo criollo, los nuevos estados independientes latinoamericanos adoptan formalmente el constitucionalismo liberal-asimilacionista que estuvo orientado a la construcción del modelo de Estado-nación monocultural, bajo la identificación del Estado con una sola nación y cultura, no obstante la realidad plural. Es decir, “desde la perspectiva liberal, la Nación necesariamente coincide con el Estado, por tanto no puede existir Nación sin Estado, como tampoco el Estado puede tener varias naciones”<sup>12</sup>. Asimismo, tuvo como fin la imposición del monismo jurídico, esto es, un solo sistema jurídico para todos los habitantes, ignorando o proscribiendo los sistemas normativos indígenas.

Las constituciones prescribieron derechos y garantías individuales, teniendo como eje el principio de la igualdad de los individuos ante la ley, y proscribieron sujetos y derechos colectivos. En cuanto a la forma de organizar el poder, se importó una forma de organización republicana con separación de poderes y monopolio estatal de la producción del derecho y la violencia legítima. De ahí se hereda hasta hoy los ejes del monismo jurídico: sólo la ley producida por el Poder Legislativo puede regir a todos los ciudadanos, sólo el Poder Ejecutivo

<sup>9</sup> YRIGOYEN F. Raquel Sonia. “*El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*”. [Ensayo en Internet]. Brasil: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS, 2010, p. 4. [Consultada el 22 de mayo de 2012]. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/57483012/3-Ryf-2010-Constitucionalismo-y-Pluralismo-Br>.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 4

<sup>11</sup> La visión liberal parte de la idea fundamental, de que el ser humano individual es un ser capaz y racional, por lo tanto, dotado de libertad e igualdad. Ese principio de igualdad y libertad se estructura bajo un modelo uninacional de Estado que responde a esos postulados, pero también a los interés de los criollos en el poder.

<sup>12</sup> LLASAG F., Raúl. “*Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*”. En: ÁVILA S. Ramiro, (editor). *Neo constitucionalismo y sociedad*, 1ª ed. Quito Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 316.

puede gobernar y sólo el Poder Judicial puede administrar justicia. Las costumbres sólo son admitidas a falta de ley o compatibles con ella, pero nunca “contra legem”, so pena de configurar delito. En este modelo estatal monocultural, monoétnico, monolingüe y de monismo jurídico, ya no caben las autoridades, el derecho y la justicia indígena, ni aún en su forma colonial de gobierno indirecto y pluralismo jurídico subordinado.

En este contexto, los nuevos Estados Republicanos como herederos de las administraciones coloniales, asumiendo como su territorio el habitado por los pueblos originarios, incluyendo aquellos territorios de pueblos no invadidos ni colonizados, tienen un claro objetivo de sujeción y control, bajo políticas diferenciadas de acuerdo al grado de sometimiento o autonomía que conservaban los pueblos originarios.

Las políticas republicanas diferenciadas fueron las que siguen:<sup>13</sup>

- Los pueblos que en era colonial fueron reducidos en “pueblos de indios”, en era republicana sufrieron políticas de disolución de sus tierras colectivas, autoridades y fuero propio, bajo el ideal liberal de “convertir indios en ciudadanos”, sometidos a las leyes generales del Estado. Tal política impedía a los pueblos originarios contar con una base territorial, política (autoridades y fuero) y cultural propia (idiomas, cultura), de tal modo que no se produjeran los levantamientos indígenas que caracterizaron los finales de la era colonial. Bajo el ideal liberal definido externamente por la élite criolla dominante, la desaparición de las protecciones a las tierras colectivas, autoridades y fuero indígena dará lugar a la expansión de las haciendas y la servidumbre indígena.
- En los casos de los pueblos que en la era colonial no habían sido sometidos militarmente y con los que la Corona española hizo acuerdos o firmó tratados o parlamentos generales (como los pueblos Mapuche, Pehuenques, o “Araucanos” de las Pampas ahora ubicadas en Argentina y Chile, o pueblos al norte de lo que ahora es México), en era republicana, los estados independientes desconocieron tales acuerdos o tratados. Considerando “naciones bárbaras” a los pueblos originarios que en era colonial conservaron su autonomía, los nuevos estados independientes

---

<sup>13</sup> YRIGOYEN F. Raquel Sonia. “De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento-Fundamentos, balances y retos para su implementación”. *Revista El otro Derecho*, N° 40. [Revista en Internet]. Enero 2009 [Consultada 22 de setiembre 2011]; Disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/derecho\\_consulta/02\\_ryf\\_derechos.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/02_ryf_derechos.pdf). pp. 6 y 7.

implementaron políticas bélicas (guerra ofensiva y defensiva) para su sometimiento y anexión territorial.

- Y, en el caso de los pueblos que no habían sido colonizados y con los cuales la Corona tampoco había firmado tratados (como pueblos de la Amazonía, la Guajira o el Orinoco), en era republicana, las constituciones liberales los definieron como “salvajes e infieles”. Las políticas de colonización territorial realizadas mediante el envío de misioneros, tropas y colonos, buscaban ampliar la frontera agrícola<sup>14</sup> y “reducir a los salvajes a la civilización”. Tales pueblos perdieron su autonomía y fueron reducidos en colonias, resguardos o territorios sujetos a legislación especial y tutela estatal o eclesial.

No obstante, de las diferentes políticas republicanas adoptadas, el denominador común de tales políticas seguía siendo el principio de la minoridad e incapacidad indígena y, en consecuencia, se hacía necesaria la tutela estatal o eclesial. Es decir, los nuevos estados se irrogaron todas las atribuciones para decidir sobre los territorios y la forma de vida de dichos pueblos, sin su participación.

Es así que el grito de independencia no representó ni representa para los pueblos indígenas un grito de libertad; si durante la conquista y la colonia habían padecido el inclemente sometimiento a la voluntad de los españoles, a partir de la independencia sufrirían el sometimiento a las Leyes Republicanas<sup>15</sup>.

**1.1.4. La tutela indígena de carácter integracionista bajo el horizonte del constitucionalismo social (Siglo XX).** A partir de la segunda década del S. XX empiezan a cambiar algunas políticas establecidas en el primer horizonte del constitucionalismo liberal. Las políticas de disolución legal de tierras colectivas indígenas no habían dado lugar a la existencia de prósperos propietarios de parcelas privadas, ideal al que aspiraba Bolívar, sino a la expansión de las haciendas y a diversas formas de servidumbre indígena. De otro lado, las movilizaciones y levantamientos indígenas por tierras empezaron a azolar la región desde inicios del S. XX, generando ingobernabilidad, por lo que los gobiernos de la región empezaron a darse cuenta de la necesidad de cambios.

---

<sup>14</sup> Las diferentes oleadas colonizadoras se organizaron en función de la extracción de diversos productos exportables (desde el caucho y el café, hasta la coca), y aseguraron la mano de obra indígena mediante diversas formas de trabajo forzoso (desde correrías de indios hasta el enganche y endeudamiento).

<sup>15</sup> VELA P. Claudia Janneth. Ob. Cit., p. 18.

Así, luego de la Revolución Mexicana de 1910, la Constitución de México de 1917 inicia una ruptura con el modelo liberal e incorpora la figura de la tenencia colectiva de la tierra y una serie de derechos sociales. Se abre así una nueva era del constitucionalismo –el constitucionalismo social– que busca superar el individualismo que caracterizó el constitucionalismo liberal del S. XIX.

En el marco del constitucionalismo social, los Estados latinoamericanos reconocen tierras indígenas colectivas para las comunidades indígenas en tanto sujetos colectivos (como la constitución peruana de 1920 y 1930, la boliviana de 1932, etc.), a partir de la idea que el problema indígena está vinculado a la tierra.

Desde 1940, luego del Congreso de Pátzcuaro en México, los Estados latinoamericanos definen “el problema indígena” como parte de un problema de marginación, por lo que adoptan políticas integracionistas. En palabras de Marzal, el integracionismo, como proyecto político, busca superar la negación del indígena del modelo asimilacionista y reconoce ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al Estado y al mercado<sup>16</sup>. Es decir se definen como “integracionistas” en tanto tales políticas buscan incorporar a los indígenas al Estado y al mercado considerando sus especificidades, a diferencia de las políticas “asimilacionistas”<sup>17</sup> del S. XIX que las buscaban desaparecer. Sin embargo, el integracionismo, en tanto modelo de incorporación de los indígenas a la sociedad dominante definido desde fuera de los propios indígenas, acaba siendo un modelo de destrucción cultural y, en este sentido, de asimilación.

Vale precisar que desde mediados del S. XX, en toda la región se emprenden reformas agrarias que reconocen sujetos y tierras colectivas, pero no como pueblos indígenas, sino como comunidades, sindicatos o cooperativas campesinas. Los estados entienden que el desarrollo de los colectivos indígenas pasa por dejar de ser indígenas marginados y convertirse en campesinos integrados al mercado y al Estado.

En el marco del integracionismo nace el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1957.

---

<sup>16</sup> **MARÍA M.** Manuel, *Historia de la Antropología indigenista*, 2a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1986, p. 43.

<sup>17</sup> Cabe recordar que las políticas asimilacionistas aplicadas a los pueblos de indios buscaban “convertir a los indios en ciudadanos” y someterlos a las leyes generales, desapareciendo el régimen diferenciado y las especificidades indígenas (tierras, idiomas, comunidades, fueros, legislación especial, etc.).

**1.1.5. La tutela en la normativa internacional integracionista.** Según el profesor Hannum, citado por Anaya, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, se habían realizado diversos estudios para analizar la situación laboral de los trabajadores indígenas que datan desde 1921. En esta misma línea Magdalena Gómez<sup>18</sup> menciona que desde los años 20 fue surgiendo en esta organización la preocupación por el mundo rural. Esto permitió que se fuera evidenciado que había fenómenos sociales en el campo muy parecidos a los campesinos, pero que no eran iguales.

Cinco años después, una comisión de expertos en trabajo indígena estableció una serie de recomendaciones sobre prácticas de trabajo forzado y reclutamiento de pobladores indígenas. En 1951, un segundo comité de expertos invitó a los Estados a mejorar las condiciones laborales de su población, incluyendo a los trabajadores indígenas, enfatizando los aspectos de educación, seguridad social y formación profesional. Luego de dos años, la OIT publica un libro titulado “Pueblos Indígenas: Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones aborígenes en los países independientes”, el cual presentaba un panorama general de la situación de la población indígena en todo el mundo y resumía las iniciativas destinadas a ayudar a estas poblaciones.<sup>19</sup>

Es así que durante la década de 1950, la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena de la OIT analizó la aplicación de la doctrina de la tutela en diferentes partes del mundo. La Comisión concluyó que las políticas nacionales orientadas a asimilar los pueblos indígenas no habían sido eficaces en mejorar las condiciones sociales de estos pueblos.<sup>20</sup> La Comisión postuló, así, la necesidad de que los Estados implementaran políticas graduales y reguladas para proteger a las poblaciones indígenas contra la explotación laboral y otras formas de opresión.

El trabajo de la Comisión hizo que en 1956 la Conferencia Internacional del Trabajo discutiera el texto del “Convenio N° 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes” (C107), y la “Recomendación N° 104 sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de

---

<sup>18</sup> GOMEZ Magdalena. “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. En: BERRAONDO L. Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Publicaciones del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006, p. 133.

<sup>19</sup> ANAYA James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 89.

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, 1ª ed. Ginebra: OIT, 1988, pp. 3 y 4.

Otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes”, ambas adoptadas por la OIT en 1957. “Este convenio fue el primer instrumento jurídico internacional concebido específicamente para salvaguardar de manera global los derechos de dichas poblaciones”<sup>21</sup>, ya que por vez primera un organismo internacional planteaba lineamientos respecto a los indígenas. Fue ratificado por 27 estados miembros, entre ellos 14 de América Latina. Especialmente se dice que durante las dos décadas, el Convenio 107 contribuyó a la adecuación de legislaciones nacionales.

El texto del Convenio N° 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, como está establecido en su propio contenido, y en medio del contexto de corrientes filosóficas y antropológicas aún vigentes para aquella época, promovió la integración y la asimilación de estas poblaciones a la cultura hegemónica dominante de aquellos años, acorde con los postulados de lo que se ha denominado Estado-Nación, que buscaba hacer invisible las diferencias culturales existentes y asimilarse a la “cultura oficial civilizada”; además concebía que los pobladores indígenas eran una suerte de personas con pocas o débiles capacidades de comprensión y desarrollo, por lo que era necesario tener hacia ellos una especie de protección o de tutela por parte del Estado con políticas de corte asistencialista. Sobre esta parte Raquel Yrigoyen, agrega que “este Convenio, por ejemplo, si bien reconocía el propio derecho consuetudinario, lo sujetaba a no afectar las políticas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas”<sup>22</sup>. Es decir eran los Estados los que tenían la titularidad jurídica para definir los términos de lo que era bueno o no para desarrollo de los pueblos indígenas.

Esta doctrina de la tutela, se podía encontrar establecida en los artículos 22 y 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones, que justificaba la integración de las poblaciones nativas de los países colonizados al modelo de sociedad europea. Los pueblos a ser tutelados serían aquéllos “aun incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles el mundo moderno”<sup>23</sup>, y era deber de las naciones europeas el garantizar un “tratamiento equitativo” a los pueblos nativos de los territorios colonizados<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> **ORDOÑEZ C.** José Emilio Rolando. *Antecedentes doctrinarios del Derecho Internacional Público Moderno: Integracionismo e Indigenismo de participación*, 1° ed. Mexico: Secretaria de Cultura del Estado de Michoacán, 2008, p. 16

<sup>22</sup> **YRIGOYEN F.**, Raquel Sonia. Ob. Cit., p. 8.

<sup>23</sup> El artículo 22.1 del Pacto, expone la división social que fue consolidada por la Sociedad de Naciones:

Para tener una idea, vale hacer mención algunos de los artículos del Convenio 107 de la OIT:

Artículo 1, define a los indígenas como *“Los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la que tienen los otros sectores de la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”*.

El artículo 2.1, establece que *“Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países [...]”*

El artículo 3.1 señala que *“Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural, les impida beneficiarse de la legislación general del país al que pertenezcan”*.

En la misma línea, el artículo 7.2 señala *“Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando estas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”*.

Así, la OIT construyó una hipotética etapa posterior al proceso de integración, en que las poblaciones indígenas y tribales serían capaces de elaborar planes de desarrollo que respondieran al esquema occidental europeo.

Empero, al contrario de proteger su autodeterminación, la OIT promovió el deber de los Estados de prestar asistencia para el “progreso social y económico” de los pueblos indígenas, es decir, integrarlos a las sociedades coloniales a nombre de su “desarrollo”.

A partir de la vigencia del Convenio N° 169, ha dejado de estar abierto para nuevas ratificaciones. El Convenio N° 107 continúa vigente para aquellos Estados que lo ratificaron y que aún no han ratificado el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

---

Los principios siguientes se aplican a las colonias y territorios que, a raíz de la guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aun incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. El bienestar y desarrollo de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización, y conviene incluir en el presente pacto garantías para el cumplimiento de esta misión.

<sup>24</sup> El artículo 23.b del Pacto de la Sociedad de Naciones determina que:

Bajo la reserva y de conformidad con las disposiciones de las convenciones internacionales actualmente existentes o que se celebraran ulteriormente, los miembros de la sociedad: ... b) Se comprometen a asegurar un tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración.

**1.1.6. Hacia el cuestionamiento del modelo tutelar.** Las reformas agrarias y otras políticas sociales del S. XX, no obstante tenían objetivos integracionistas, permitieron a los indígenas reconstituirse (con base en la tierras y otros derechos sociales), y posteriormente levantar reivindicaciones de carácter político y étnico que les llevaron a cuestionar el modelo tutelar. Estas reivindicaciones por la autonomía adquirieron más forma hacia las últimas décadas del S. XX, al desarrollarse una visión crítica de la conmemoración de los quinientos años de los procesos de ocupación europea.

En este contexto se da la revisión del método de integración de la OIT, ya que los avances en el campo del derecho internacional, articulados por un naciente movimiento indígena<sup>25</sup> que llegó a incidir en la ONU, llevaron a la OIT a reconocer, durante la década de 1980, que el texto del Convenio 107 ya no era aceptable<sup>26</sup>, que su visión integracionista ya no estaba acorde con los avances del derecho internacional, y que los pueblos indígenas deberían tener el control de su desarrollo económico, social y cultural, interactuando con la sociedad nacional de manera ecuánime, a través de sus propias instituciones.<sup>27</sup> Con base en eso, la OIT decidió elaborar una “Revisión Parcial” del Convenio 107 para modificar los preceptos superados del Convenio 107, aunque manteniendo su estructura en la medida de lo posible.<sup>28</sup>

De la Revisión Parcial resultó el “Convenio (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, adoptada por la OIT en 1989, que permite establecer nuevos principios de relación entre el Estado y los pueblos indígenas diferentes al modelo tutelar del Convenio 107. Esto es, abandona de modo explícito las políticas asimilacionistas e integracionistas, las cuales se fundaban en el modelo de la tutela estatal indígena. Y reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones y formas de vida, y su modelo de desarrollo.

**1.1.7. De la tutela al control de las propias instituciones y forma de vida.** Esta nueva forma de relación del Estado con los pueblos indígenas, se expresa básicamente en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los

---

<sup>25</sup> El liderazgo indígena había logrado tener presencia en diversos foros internacionales exponiendo sus propuestas y propiciando nuevos elementos de acuerdo a su cosmovisión, esto fue impactando en diversos organismo multilaterales y el pensamiento académico, por lo que en 1971, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, autorizó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, a realizar un estudio sobre la discriminación de la que eran objeto las poblaciones indígenas.

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. Cit., p. 1.

<sup>27</sup> Íbidem, p 27.

<sup>28</sup> Ídem.

Pueblos Indígenas, conllevando un cambio en la concepción internacional sobre los pueblos indígenas y tribales.

Al establecerse en el Convenio 169 de la OIT el derecho de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, como principio central, es que se explica el establecimiento de derechos y mecanismos específicos para hacer posible dicho control autónomo. Este es el origen y fundamento de derechos como la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado.

Estos derechos posibilitan que los pueblos puedan tomar sus decisiones propias y también intervenir en los procesos de toma de decisiones de las políticas y medidas estatales que los vayan a afectar, asegurando el control de sus formas de vida y prioridades de desarrollo.

Los principios y derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT fueron recogidos y desarrollados con mayor claridad en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de setiembre del 2007. La Declaración, por primera vez en el derecho internacional, explicita que los pueblos indígenas tienen igual dignidad y derechos que todos los pueblos y que gozan de libre determinación.

En este sentido, fortalece y amplía el principio ya afirmado por el Convenio 169 de la OIT, relativo al reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas al control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo dentro de los Estados en los que viven.

La Declaración entierra definitivamente la posibilidad legal para políticas de asimilación o integración forzosa, e incluso la participación depende de la voluntad de los pueblos.

## **1.2. Definición del derecho a la consulta**

El Convenio 169 de la OIT, hace referencia al derecho a la consulta en varios artículos, sin embargo omite en definirlo. En este sentido, la OIT flexibiliza una interpretación de este derecho, pero encaminándolo sobre ciertos parámetros que establece para su ejercicio y cumplimiento, precisando con meridiana claridad su finalidad.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aborda el derecho a la consulta principalmente en los artículos 19 y 30.2. y con ello realiza importantes avances y ratifica disposiciones del Convenio 169.

Si bien estos instrumentos normativos internacionales, no definen el derecho a la consulta previa, sin embargo a nivel doctrinario se ha podido identificar algunas definiciones.

La Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo señala que "...La consulta es el instrumento previsto por el Convenio 169 para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados"<sup>29</sup>.

Las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, elaboradas en febrero del 2008 por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, define el derecho a la consulta como una expresión del derecho a la libre determinación, que debe ser promovido por todo Estado a través de diversas medidas, con observancia de los derechos humanos.

En conclusión, consideramos que el derecho a la consulta es un derecho fundamental<sup>30</sup> de los pueblos indígenas e implica que la adopción de medidas administrativas<sup>31</sup> o legislativas<sup>32</sup> susceptibles de afectarlos directamente, sea antecedida de un proceso de diálogo intercultural entre sus instituciones representativas y el Estado, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura

### 1.3. Naturaleza del derecho a la consulta

De toda la gama de derechos protegidos por el Convenio 169 OIT, el espíritu de la Consulta, constituye la piedra angular de dicho tratado internacional, sobre la cual se basan todas las

---

<sup>29</sup> **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica; una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT, 1ª ed. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 65.

<sup>30</sup> Cuando afirmamos que la consulta previa es un derecho fundamental, estamos diciendo que la consulta previa es para los pueblos un elemento crucial e indispensable en su identidad y posibilidades de existir y pervivir como Pueblos Indígenas, como seres humanos.

<sup>31</sup> Será una decisión administrativa, por ejemplo, el otorgamiento de una concesión minera o petrolera.

<sup>32</sup> Una decisión legislativa puede ser una ley, un decreto supremo, una ordenanza regional o municipal.

demás disposiciones, es decir no solamente es un derecho exigible, sino además, un principio fundamental del Convenio<sup>33</sup>.

En este sentido, el derecho a la consulta goza de doble naturaleza; por un lado, constituye un derecho independiente y con un contenido sustantivo propio basado en la dignidad de los pueblos, y de otro lado viabiliza otros derechos contenidos en el Convenio 169 OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad<sup>34</sup>.

#### 1.4. Fundamentos del derecho a la consulta

Respecto de los fundamentos del derecho a la consulta, se pueden encontrar algunos sustentos que resultan importantes citarlos, así por ejemplo, Raquel Yrigoyen<sup>35</sup> señala:

*“Los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad a todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo. Este principio sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, las que permiten superar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.”*

De lo expuesto por Yrigoyen Fajardo, podemos disgregar tres principios fundamentales que sustentan el derecho a la consulta:

- **Igualdad**, en cuanto los pueblos indígenas tienen iguales derechos y libertades reconocidas a los otros pueblos, incluyendo el derecho a igual trato y a beneficiarse, como cualquier ciudadano del Estado en que viven, del desarrollo económico y del progreso de otra índole. También deben reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas de proteger, mantener y desarrollar sus culturas e identidades, costumbres, tradiciones e instituciones.
- **Dignidad**, en cuanto al cuestionamiento y rechazo de un modelo tutelar a los pueblos indígenas que los disminuye y limita como pueblos, como producto de políticas asimilacionistas, excluyentes y discriminatorias; siendo el respeto del ser humano y la dignidad de éste, el fin supremo de las sociedades y los Estados, corresponde robustecer y darle contenido a este principio, en cuanto a su aplicación a los pueblos indígenas; y

---

<sup>33</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumentos de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC, 2011. Informe Consulta Previa, pp. 185 y 186.

<sup>34</sup> Íbidem, p. 186.

<sup>35</sup> YRIGOYEN F., Raquel. *Ob. Cit.*, p. 5

- **Autodeterminación**, por el reconocimiento a las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones, formas de vida y modelos de desarrollo.

### 1.5. Ambito del derecho a la consulta

La obligatoriedad de realizar procesos de consulta no se limita sólo a las medidas que la administración pública adopta para autorizar o regular proyectos de desarrollo, infraestructura, tierras o recursos naturales, sino que se extiende incluso ante cualquier medida administrativa o legislativa capaz de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, medidas vinculadas con el ejercicio y pleno respeto de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos, como por ejemplo el derecho a la salud, educación, identidad cultural y otros<sup>36</sup>. En este sentido se considera que debe consultarse previamente toda medida legislativa o administrativa cuando se prevea que la implementación de las medidas, los pudiera afectar directamente. El carácter positivo o negativo de los posibles efectos es un factor que en ambos supuestos resulta irrelevante.

El Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en las circunstancias siguientes:

- Antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo (Artículo 15(2)).
- Antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Artículo 16).
- Siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (Artículo 17).
- En relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22).
- En relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (Artículos 27 y 28).

### 1.6. Finalidad de derecho a la consulta

Por su doble naturaleza, el derecho a la consulta previa tiene dos finalidades. Por un lado, “es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los

---

<sup>36</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe sobre el derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas*. Lima: Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, 2009. Informe N° 011-2009-DP/AMASDPPI-PPI. p. 10

interesados<sup>37</sup>. Es decir, como señala la Defensoría del Pueblo, haciendo referencia al mismo Convenio: la finalidad del derecho a la consulta es garantizar la inclusión de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión del Estado sobre aquellas medidas administrativas o legislativas que pudiera afectarles. Esta inclusión se realiza a través de procesos de diálogos interculturales con los pueblos indígenas para lograr su consentimiento o llegar a un acuerdo, efectuados de buena fe, con participación real y efectiva de estos pueblos.<sup>38</sup> En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos.

En efecto, el artículo 6.2 del Convenio dispone 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»*.

Por otro lado, coincidimos con la Dra. Ana Cecilia Betancur, abogada, experta en legislación indígena, asesora de los pueblos indígenas en Colombia, quien manifiesta:

*“La consulta es un instrumento que puede servir para garantizar la integridad étnica, social, cultural y económica de los pueblos indígenas. Es el instrumento que dispone el Convenio 169 de la OIT para garantizar en general los derechos de los pueblos indígenas, entonces la consulta debe contribuir a ello. Pero esto es un deber ser. Todo depende de cómo se la utilice, de los procedimientos que se adopten y de las dinámicas de las propias comunidades y organizaciones. La consulta es sólo una herramienta.*

*La sola realización de la consulta no garantiza nada más allá del propio derecho que tienen las comunidades a ser consultadas. La consulta es sólo un procedimiento, un medio para lograr un fin. De que se realice o no se realice, o que se la haga bien o mal, no depende la integridad de los pueblos. Se puede usar para garantizar la integridad y derechos pero también se la puede usar para legitimar su vulneración”.*

Después de haber descrito cual es la finalidad del derecho a la consulta creemos que es conveniente, detenernos un poco aquí, a fin de precisar como los dos instrumentos internacionales comprenden el consentimiento, una de las finalidades del proceso de consulta. Ya que según su concreción en el derecho internacional podemos considerarlo como un derecho “finalidad” de un proceso de consulta, o como un derecho requisito para que el Estado tome una decisión. Significa que el Estado debe organizar los procedimientos

---

<sup>37</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Manual*, 1ª ed. Ginebra: OIT, 2003, p. 16.

<sup>38</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Ob. Cit.*, p. 9.

de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. Sin embargo, hay situaciones en las que el consentimiento no es solo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión.

### **1.7. Sujetos del derecho a la consulta**

El Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados a través de sus instituciones representativas<sup>39</sup>. Para ello es necesario conocer quiénes conforman los “pueblos indígenas”.

### **1.8. Principios del derecho a la consulta**

El documento “Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, elaborado por el Relator James Anaya<sup>40</sup>, constituye con seguridad en una fuente imprescindible para entender el derecho a la consulta; en él se proponen seis principios, los cuales pueden ser atendidos por los países de acuerdo a sus propias condiciones, tal como lo establece el artículo 34 del Convenio 169. Los principios de la consulta previa que se indican en el citado informe son los siguientes:

**1.8.1. Debe realizarse con carácter previo.** Es decir el proceso de consulta debe ser realizado siempre de forma previa a la decisión de implementar una medida legislativa o administrativa, ya que hacerla en un momento posterior desnaturaliza el sentido de la consulta.

Según han confirmado los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, las reuniones posteriores a la tramitación de las medidas legislativas y administrativas, no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169.

---

<sup>39</sup> Artículo 6 del Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>40</sup> **ANAYA** James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile* [Informe en Internet]. Chile: 24 de abril 2009. [Consultado 17 de abril 2013]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

En ese sentido el ex Relator, James Anaya, ha expresado la importancia de que el proceso de consulta inicie con toda la anticipación que sea posible y que no se desarrollen estos procesos sólo cuando los Estado requieran la aprobación o no de una medida o proyecto. Para ello, se deberá asegurar la participación de los pueblos indígenas en todas las etapas previas a la promulgación de medidas o inicio de proyectos.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas deben efectuarse “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”<sup>41</sup>

Cabe precisar que este principio permite excluir una serie de conductas, abiertas o disimuladas, destinadas a desconocer el derecho a la consulta.

**1.8.2. No debe agotarse con la mera información.** Una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse, los órganos de control normativo de la Organización Internacional de Trabajo, es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el convenio.

**1.8.3. Debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las Partes.** Como se acaba de señalar, la consulta debe tratarse de un proceso de diálogo para lo cual será necesario que el proceso se desarrolle con buena fe de ambas partes.

Es decir, que la consulta no debe ser entendida como un mero proceso formal que se realice con la única finalidad de cumplir con una norma sino que se debe buscar la verdadera

---

<sup>41</sup> Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Fundamento 133.

participación de los pueblos indígenas sobre la base de los principios de confianza y respeto mutuo entre ambos y con miras a obtener un acuerdo consensuado<sup>42</sup>.

**1.8.4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.** El Convenio 169 enfatiza que la consulta a los pueblos indígenas debe ser adecuada, y realizarse en particular, a través de las instituciones representativas de estos pueblos (Art. 6.1.a). En iguales términos, la Declaración de Naciones Unidas especifica que, los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas (Art. 19).

El carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula única 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.

Respecto a la representatividad el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. En este sentido debería buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales e institucionales y temporales existentes.

**1.8.5. Debe ser sistemática y transparente.** Anaya señala que en virtud a que existe la necesidad de brindar seguridad jurídica a todo acto del Estado, “las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes”, pudiendo evitar cualquier arbitrariedad. De este modo, la consulta podrá ser previsible y evitar conflictos innecesarios.

Sobre este punto específico, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha señalado que:

*“la consulta prevista por el convenio va más allá de una consulta en un caso preciso, sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos*

---

<sup>42</sup> SEVILLANO A. María Del Rosario, Programa Social Indígena DAR. *Derecho a la Consulta de Los Pueblos Indígenas en el Perú. Últimos Avances*. 1º ed. Lima: Derecho Ambiente y Recursos Naturales DAR; 2010. Informe. pp. 28 y 29.

*indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines*<sup>43</sup>.

Respecto al principio de transparencia, vale agregar que las autoridades de la administración pública deberán proporcionar información suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en su idioma, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real con los pueblos indígenas.

Quiere decir que durante la consulta no se debe ocultar nada a los Pueblos Indígenas, para que éstos tomen la decisión respecto de lo que se les está consultando con todos los elementos de juicio; ya que el Estado tiene la obligación de comunicar a los pueblos indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles directamente: “Esto implica también información sobre los posibles impactos –positivos o negativos– que estas medidas pueden generar en los pueblos indígenas<sup>44</sup>.

**1.8.6. Debe determinarse su alcance:** Este principio se refiere al carácter vinculante de los resultados de una consulta. 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.

Sin embargo, si bien la regla general es que en caso de desacuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado, decide este último, 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 materiales tóxicos, 4) es en casos de medidas especiales para la protección de los pueblos indígenas, 5) cuando se trata de la protección estos 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.

---

<sup>43</sup> **OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación y Recomendaciones*, Informe III, Parte 1ª. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión; 2007, p. 600.

<sup>44</sup> **RUIZ M. Juan Carlos, ROEL, Luis Andrés & LA ROSA C. Javier.** *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas*, 1ª ed. Lima: Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal, 2011, p. 38.

No debemos confundir el consentimiento como objetivo de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados supuestos excepcionales.

### **1.9. Etapas del derecho a la consulta**

Son las que a continuación se señala:<sup>45</sup>

**1.9.1. Identificación de la medida.** Identificar la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena. Es una tarea que debe ser realizada por la entidad que la está desarrollando.

**1.9.2. Identificación del pueblo indígena y notificación de la medida.** Se debe determinar a todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, para notificarseles de la medida y de la posible afectación.

**1.9.3. Análisis y debate interno de los pueblos indígenas.** Una vez notificados los pueblos indígenas que intervendrán, se les debe brindar un plazo razonable para que puedan formarse una opinión sobre la medida.

**1.9.4. Negociación y acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado.** Luego se pasa a la negociación propiamente dicha. Si el pueblo indígena está de acuerdo con la medida, entonces concluye la etapa de negociación.

**1.9.5. Segunda etapa de negociación.** Si el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, acaba la primera etapa de negociación y se inicia la segunda etapa, dentro de un plazo razonable. Si a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar la medida, salvo en los supuestos mencionado, donde el consentimiento es un requisito.

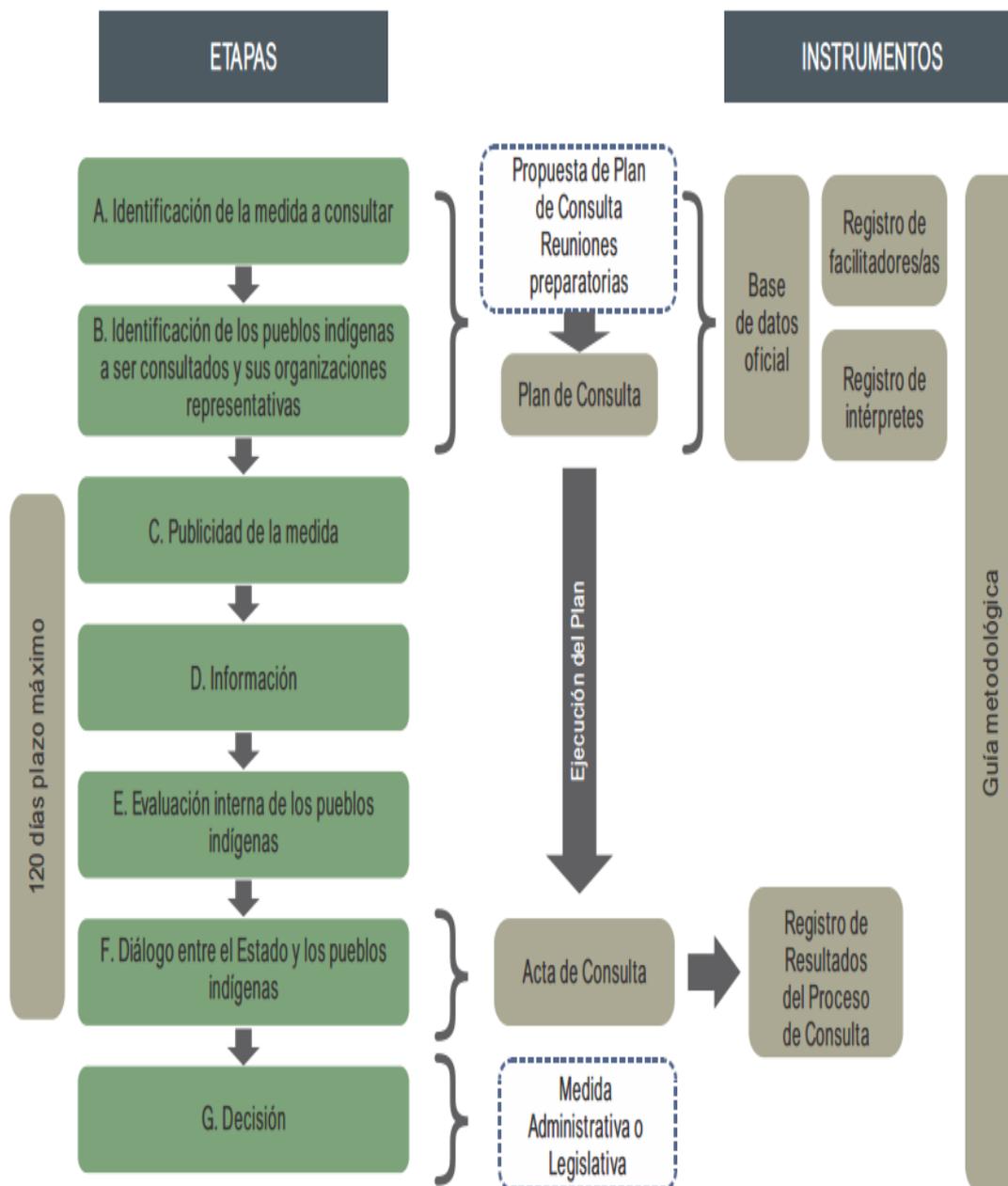
---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 39 y 40.

### Etapas del proceso de Consulta

Conforme a la Guía Metodológica de Consulta a los Pueblos Indígenas, publicada por Ministerio de Cultura, los/las funcionarios/as del sector público deben cumplir con las siguientes etapas del proceso de consulta, de acuerdo al Artículo 8° de la Ley de Consulta:<sup>46</sup>

Flujograma N° 01



Fuente: Ministerio de Cultura  
 Elaborado: Viceministerio de Interculturalidad

<sup>46</sup> MINISTERIO DE CULTURA. *Guía Metodológica Consulta a los Pueblos Indígenas*. 1ª ed. Lima: Viceministerio de Interculturalidad; 2013. p. 12.

### 1.10. Características del proceso de consulta

El Convenio enumera una serie de características en lo referido a los procesos de consulta, que a continuación se detalla.

- a) **La realización de una consulta es responsabilidad del Estado.** La consulta debe ser realizada por el Estado a través de las instituciones de la administración pública que prevean implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas.

De ninguna manera se debe entender que el Estado puede compartir su obligación con las empresas privadas que planean realizar actividades, pues el Estado debe asegurar un proceso de consulta imparcial.

- b) **La Consulta se realiza sobre medidas que pudiesen afectar directamente a los pueblos indígenas.** El relator James Anaya, sostiene que el ámbito de aplicación de la consulta será establecido “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”<sup>47</sup>. Es decir, el deber de consultar solo se puede ejercitar cuando se trata de leyes o actos administrativos que tengan una incidencia diferenciada sobre los pueblos indígenas o cuando tengan un interés particular sobre estos asuntos, tal es el caso de las disposiciones sobre tierras o recursos naturales, que muchas veces implican no solo la afectación de la relación del indígena con su hábitat sino la reubicación de las familias indígenas.

Siendo así, la consulta estaría dirigida a aquellos pueblos indígenas u originarios que por efecto del acto administrativo en proyecto o legislativo pudieran verse afectados directamente; es decir, que pudieran sufrir una modificación inmediata y significativa de su situación jurídica, que abarca todos aquellos derechos que le son reconocidos en el ámbito nacional e internacional.

---

<sup>47</sup> **ANAYA James.** *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* [Informe en Internet]. Nueva York: Consejo de Derechos Humanos. 12º periodo de sesiones Tema 3 de la Agenda. 15 de julio 2009 [Consultado con fecha 27 de julio 2013]. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

- c) **La Consulta es previa a la toma de decisión por el Estado.** La consulta debe realizarse siempre con anterioridad a la toma de una decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.
- d) **La Consulta requiere un tiempo razonable que garantice el desarrollo del proceso de diálogo.** Es necesario fijar tiempos razonables para ambas partes, a fin de no afectar el proceso de toma de decisiones de los pueblos y tampoco del Estado.
- e) **La consulta requiere la participación de instituciones representativas.** Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que “lo importante es que éstas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”. Sin dejar de reconocer que esta determinación puede resultar una tarea difícil en muchos casos, los órganos de control de la OIT pusieron de relieve que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”<sup>48</sup>
- f) **La Consulta requiere una metodología intercultural.** La consulta debe realizarse sobre la base de una metodología intercultural, mediante la cual se produzca un entendimiento entre los consultados y quienes la efectúan. Esto implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de ambos actores.

Asimismo, es necesario que la consulta se desarrolle con la participación de profesionales capacitados en herramientas interculturales, que brinden asistencia técnica a los participantes indígenas para procesar la información que reciben, faciliten el desarrollo de propuestas alternativas; y ayuden a los funcionarios que participan a comprender la posición y la motivación de los pueblos, sus instituciones u organizaciones representativas.

- g) **La Consulta requiere el uso del idioma o idiomas propios de los pueblos indígenas que serán consultados.** La accesibilidad de los procedimientos de

---

<sup>48</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ob. Cit.*, p. 61.

consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena.

El artículo 12 del Convenio 169, establece el deber estatal de adoptar “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”.

El Estado debería adecuarse a los pueblos indígenas y no los pueblos indígenas al Estado.

- h) La Consulta se desarrolla en lugares que propicien la participación.** La consulta debe realizarse en el lugar que garantice la participación de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas. El lugar seleccionado debe reunir condiciones de espacio, seguridad y tranquilidad para un diálogo adecuado. Además, la entidad del Estado que esté a cargo debe prever los medios de financiamiento necesarios para el desplazamiento de los representantes de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
- i) La consulta debería desarrollarse apoyando el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas y también, en los casos que sea apropiado, brindando los recursos necesarios.** Esta medida resulta de particular importancia dado que, a lo largo de la historia, los procesos discriminatorios han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de las instituciones de gobierno de los pueblos indígenas, lo que ha producido una asimetría en las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados<sup>49</sup>.
- j) La Consulta es un proceso.** Por tanto, queda claro que la consulta resulta una obligación de los Estados que no supone un mero acto procedimental, sino un proceso continuo de buena fe....”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ob. Cit.*, p. 62

<sup>50</sup> LEGUIA R. Normand. Consultoría: *Elaboración de un Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas - MEM, Subsector Energía y la empresa PERUPETRO S.A que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785, Ley de derecho a la consulta previa a los pueblos*

Es ahí en donde radica la necesidad de implementar procedimientos administrativos que garanticen dicho derecho.

### **1.11. Diferencias de otros derechos similares**

En este apartado se precisará las diferencias y similitudes del derecho a la consulta con el derecho a la libre determinación, a la participación, información y finalmente al consentimiento, a fin de tener una mayor claridad en cada uno de los derechos mencionados.

**1.11.1. Derecho a la libre determinación.** La libre determinación es un principio fundamental del derecho internacional, consagrado en el Artículo 1° de la carta de las Naciones Unidas; artículo 1° del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1° del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 3° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La libre determinación o Autodeterminación, es un principio por el reconocimiento a las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones, formas de vida y modelos de desarrollo.

**1.11.2. Derecho a la participación.** Cabe precisar que el Convenio 169 (artículo 6°. b. y 7°. 1. y 2.) y la Declaración (artículo 5°, 18° y 23°) reconocen el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Se puede expresar que este derecho es más amplio que el derecho a la consulta pues se ejercerá desde la formulación de planes y programas incluso. Al igual que el derecho a la consulta el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un derecho colectivo el cual busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos en los planes y programas del Estado. La aplicación de este derecho se podrá ejercer a través de la participación en espacios políticos con un diseño de cupos especiales para los representantes de los pueblos indígenas, como en el caso de Colombia y Venezuela<sup>51</sup>.

---

*indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).* Lima: Defensoría Del Pueblo, 2013. Informe Final, p. 31.

<sup>51</sup> YRIGOYEN F. Raquel Sonia. Ob. Cit., p. 12.

En el Perú, el artículo 31° y 32° de nuestra Constitución Política<sup>52</sup> reconoce expresamente el derecho a la participación ciudadana como un derecho individual distinto del derecho a la consulta. El derecho a la participación involucra como mecanismos al referéndum -tipo de consulta ciudadana, iniciativa legislativa, remoción de autoridades, entre otros. Ninguno de estos procesos es reconocido como derecho colectivo de algún grupo en particular sino que se entienden aplicables a toda la población en general como una forma de participación en las decisiones políticas de los gobernantes. Asimismo, la consulta popular reconocida en nuestra Carta Magna no corresponde con las características necesarias del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

De lo expresado, podemos concluir que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución mediante los artículos referidos a la participación ciudadana por cuanto estamos ante un derecho de naturaleza y objetivos distintos. No obstante, hay que tener presente que los instrumentos internacionales han reconocido el derecho colectivo a los pueblos indígenas a participar en la formulación y aplicación de planes y programas, derecho que aún no ha sido desarrollado normativamente en nuestro país.

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, debemos precisar que si bien la consulta y la participación ciudadana son mecanismos cuyo sustento y finalidad son distintas, ambos son complementarios, siendo posible que la implementación del derecho a la consulta se sirva de las formas de participación existentes.

**1.11.3. Derecho a la información.** No se puede entender al derecho a la consulta de los pueblos indígenas como un mero proceso de información, sino que será necesario que a lo largo del proceso de consulta se otorgue toda la información relevante para la toma de decisión. El otorgamiento de la información se configura como una característica imprescindible de un adecuado proceso de consulta.

---

<sup>52</sup> **Artículo 31.- Participación ciudadana en asuntos públicos (Constitución Política del Perú)**

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. (...)

**Artículo 32.- Consulta popular por referéndum. Excepciones (Constitución Política del Perú)**

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

Por ejemplo, en nuestra Constitución se reconoce, entre otros derechos fundamentales, el derecho de las personas a solicitar información a las entidades públicas, que corresponde a cualquier individuo y no tiene por finalidad la generación de un diálogo entre la ciudadanía y el Estado peruano:

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona (Constitución Política del Perú)  
Toda persona tiene derecho:*

*(...)*

*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”.*

**1.11.4. Derecho al consentimiento previo, libre e informado.** A diferencia del derecho a la consulta, en el derecho al consentimiento se requiere necesariamente la aprobación de los pueblos involucrados en el proceso de consulta de modo previo a la aprobación de la medida o proyecto. El derecho al consentimiento ha sido recogido en el mismo Convenio y en la Declaración como un requisito de algunos supuestos, ello significa un logro para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. El consentimiento supone que previamente se haya realizado un proceso adecuado de consulta pues de otro modo se podría estar ante un consentimiento viciado.<sup>53</sup>

Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados de poblaciones o casos afines, tal como se establece en el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT:

*Artículo 16.2. 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 deberá 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.*

Considerando lo anteriormente descrito, es importante responder a la siguiente pregunta: ¿Qué significa “consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa”? Significa que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación.

<sup>53</sup> SEVILLANO A. María Del Rosario, **PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR**. Ob. Cit., p. 56

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, determina como objetivo central de la consulta el «consentimiento libre, previo e informado», con la cual estamos de pleno acuerdo porque no es posible utilizar los supuestos procedimientos adecuados para justificar la imposición a los pueblos indígenas, que conllevaría nuevamente a pensar que hay hombres superiores e inferiores.

Para mejor ilustración se transcribe textualmente los siguientes dispositivos de la Declaración:

*Art. 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.*

*Art. 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.”*

*Art. 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.*

*Art. 30.1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.*

*Artículo 32.2.- 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.*

Al respecto tenemos dos experiencias en dos países:

La Ley de derechos territoriales aborígenes australiana de 1976 concede a los propietarios tradicionales aborígenes el derecho a brindar su consentimiento a las exploraciones en sus tierras, el mismo que incluye el derecho a vetar dichas exploraciones, así como el derecho a negociar acuerdos y los plazos para tal exploración.

En Filipinas en 1995, se emitió el Philippine Mining Act of 1995, Republic Act N° 7942 (Código de Minería), el mismo que incorporó un proceso de consulta como parte de un

procedimiento de solicitud de licencia para actividades mineras adicionales, la sección 16 del referido código señala que territorios ancestrales de los pueblos indígenas no serán abiertas para actividades mineras sin el consentimiento previo de la comunidad involucrada.

## **2. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo**

### **2.1. Aspectos Generales del Convenio**

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169), es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989, "...que refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos"<sup>54</sup>.

Dicho Convenio fue elaborado con el concurso del Instituto Indigenista Interamericano (organismo público internacional que forma parte de la estructura de la Organización de Estados Americanos) y además fue suscrito observando el marco legal establecido en normas internacionales y sobre todo en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957.

Para la adopción del Convenio 169 OIT, se consideró el dinamismo y la evolución del derecho internacional desde 1957, año en que se suscribió el Convenio 107 OIT y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, que resultaba imperativo adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin reconocer las aspiraciones de estos 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 el que viven en tanto de que en diversas partes del mundo estos pueblos están impedidos de gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y

---

<sup>54</sup> **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, (1989) N° 169, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.* 1ª ed. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013, p. 1.

que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una profunda erosión.

El Convenio N° 169 OIT está orientado a tratar la problemática de los pueblos indígenas y tribales en el mundo, estableciendo un marco legal base con normas mínimas, para que los países a partir de este marco puedan seguir desarrollando y contribuyendo de manera interna, con nuevas leyes que sirvan para el reconocimiento de los derechos que les asiste a dichos pueblos, siendo considerado como el primer documento internacional en otorgar el marco mínimo de garantías y respeto a los derechos indígenas.

## **2.2. Naturaleza Jurídica del Convenio**

Es un tratado internacional de derechos humanos, referido a los pueblos indígenas y tribales, jurídicamente vinculante una vez que ha sido ratificado. Su naturaleza de Tratado de Derechos Humanos se define por su objeto y por sus fundamentos:

Por su objeto, es una norma internacional dirigida a garantizar la protección de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, tales como el derecho a existir como pueblos, a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, no discriminación, a la paz, a la tranquilidad así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida.

Por sus fundamentos jurídicos, este tratado se basa principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## **2.3. Fundamentos del Convenio**

La convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y ritmo de su desarrollo, así como sus prioridades en dichos procesos.

En este sentido, como decía Saana Sarto, la filosofía básica del Convenio 169 OIT es: "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”<sup>55</sup>.

#### 2.4. Objeto del convenio

El objeto fundamental del Convenio 169 OIT, es brindar un marco legal internacional de protección integral para las poblaciones indígenas y tribales del mundo, brindar un instrumento jurídico transfronterizo y vinculante, que garantice el libre ejercicio de sus derechos humanos colectivos e individuales, con un compromiso de respeto a estos derechos por parte de los gobiernos suscribientes de este documento.<sup>56</sup>

#### 2.5. Alcances del convenio

Siendo un tratado que versa sobre derechos de Pueblos Indígenas y Tribales, el Convenio no define cuales son los pueblos indígenas y tribales, sino más bien con criterio práctico hace una descripción de los pueblos a quienes otorgará protección, determinando elementos y criterios.

En efecto, el artículo 1º del Convenio señala:

“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 el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (...)”.

Conforme se desprende del citado artículo, el Convenio describe características y elementos que diferencian a los pueblos tribales de los pueblos indígenas, así, considera como elementos de los pueblos tribales: los elementos de vida tradicionales, la cultura y manera de

---

<sup>55</sup> SANNA Saarto. “Derecho a la Consulta Previa en el marco del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”. En: ponencia presentada en seminario taller “Consulta previa Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia. Lima: Congreso de la República del Perú, 27 de enero 2009.

<sup>56</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ob. Cit.*, p. 153.

vivir diferentes a las de otros sectores de la población (forma de vida, lengua, costumbre, etc.) y organización social propia (costumbre y leyes tradicionales).

En el caso de los pueblos indígenas, considera los mismos elementos, pero le añade un cuarto, constituido por la continuidad histórica de vida en una región antes de que haya sido invadida, conquistada, colonizada o asimilada.

Por otro lado, el artículo 1.2 del Convenio 169 OIT, señala que: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

## **2.6. Limitaciones del Convenio.**

Es preciso señalar que los derechos y garantías que otorga este Convenio, no son ilimitados. Si bien es cierto tienen un amplio marco protector, también propone consideraciones que podrían ser consideradas como límites.

Existen aspectos que desde la perspectiva de los pueblos indígenas, como pueblos, menoscaban el pleno, libre y extensivo ejercicio de los derechos inherentes a todos los demás pueblos, llamados también derechos intrínsecos.

Una primera aclaración que el Convenio hace en el artículo 1.3, es la referida a que la utilización del término “pueblos” no debe 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. Es decir que, si bien es cierto, el Convenio utiliza el término pueblos por ser el más acertado para describir a los grupos indígenas y tribales, este solamente deberá entenderse en una autodeterminación interna, social, económica, más no política. “Las cuestiones relacionadas con los derechos económicos y sociales están dentro del mandato de la OIT. Por el contrario, la interpretación del concepto político de autodeterminación está fuera de su ámbito de competencia”<sup>57</sup>

Esta limitación al significado de pueblos en el contexto político internacional, también aleja al concepto de “territorios” del mismo plano, quedando entendido éste como el hábitat de los pueblos indígenas y tribales, de tal forma que este término se subordine de acuerdo al propio derecho interno de cada país.

---

<sup>57</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ob. Cit.* p. 9.

De esta forma el Convenio 169 OIT con toda su estructura protectora contenida, se reduce en un marco jurídico que minimiza la concepción del derecho de libre determinación y que además éste mismo cuerpo normativo lo contempla, pero entendemos de manera restringida.

Si bien es cierto, no es propiamente una limitación lo dispuesto en el artículo 34º del Convenio, constituye una fuente de no cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes del Convenio, pues al determinar la flexibilidad en la adopción del Convenio de acuerdo a las condiciones propias de cada país, permite a algunos Estados, amparados en una interpretación defectuosa, vulnerar los derechos protegidos en el Convenio, tal como sucede en nuestro país.

## 2.7. Países que aprobaron y ratificaron el Convenio 169

El Convenio 169, en sus 44 artículos, ha sido ratificado por los siguientes países:

**Cuadro N° 01**

N°	PAÍS	AÑO DE RATIFICACION
1	Noruega	19/06/1990
2	México	05/09/1990
3	Colombia	07/08/1991
4	Estado Plurinacional de Bolivia	11/12/1991
5	Costa Rica	02/04/1993
6	Paraguay	10/08/1993
7	Perú	02/02/1994
8	Honduras	28/03/1995
9	Dinamarca	22/02/1996
10	Guatemala	05/06/1996
11	Países Bajos	02/02/1998
12	Fiji	03/03/1998
13	Ecuador	15/05/1998
14	Argentina	03/07/2000
15	República Bolivariana de Venezuela	22/05/2002

16	Dominica	25/06/2002
17	Brasil	25/07/2002
18	España	15/02/2007
19	Nepal	14/09/2007
20	Chile	15/09/2008
21	Nicaragua	25/08/2010
22	República Centroafricana	30/08/2010

Elaboración Propia

La ratificación de un convenio de la OIT es el comienzo de un proceso de diálogo y cooperación entre el gobierno y la OIT. Su propósito es trabajar juntos para garantizar que la legislación y la práctica nacionales concuerden con las disposiciones del convenio.<sup>58</sup>

Los convenios de la OIT, a diferencia de otros tratados internacionales, no pueden ratificarse con reservas. Se han de aceptar en su totalidad. Por lo tanto es importante que gobiernos, trabajadores y empleadores, así como los pueblos indígenas y tribales, conozcan perfectamente todas las disposiciones del convenio.

## 2.8. Fuerza obligatoria del Convenio 169 de la OIT

El artículo 26 de la Convención de Viena sobre Tratados, establece: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. En tal virtud, la regla *pacta sunt servanda*, permite que en el orden jurídico interno de los Estados se ejecuten los compromisos internacionales, evitando la obstrucción de la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Público que corresponde.

Es así que en forma general los tratados celebrados entre sujetos del Derecho Internacional Público y que haya sido válidamente negociado, firmado y ratificado, es vinculante. Es decir, otorga derechos e impone obligaciones. La obligatoriedad de los tratados, obliga a las partes a cumplirlo íntegramente, por lo que ninguna parte podrá invocar normas de su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

<sup>58</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Ob. Cit. p.70.

Específicamente el artículo 33º, del Convenio 169 OIT, dispone que cuando un Estado ratifica el Convenio, éste se obliga hacerlo efectivo, es decir incorporarlo, asegurándose de hacer una adecuación normativa interna así como una implementación institucional a través de las medidas correspondientes, en cooperación con los pueblos indígenas. Lo que quiere decir, que luego de ratificado el Convenio 169 OIT por el Estado, éste está obligado a aplicarlo. La particularidad de este Convenio es que en los planes de implementación del mismo deben participar los pueblos indígenas.

## **2.9. El Convenio 169 de la OIT en el Perú**

Habiéndose definido los aspectos fundamentales que emanan del propio Convenio 169 OIT, resulta relevante referirnos al tratamiento que se le ha otorgado a este instrumento internacional en el ámbito interno y los efectos que este produce o debe producir, en lo que se refiere a su implementación, aplicación y, principalmente, cumplimiento, lo que más nos preocupa.

### **2.9.1. Aprobación y ratificación**

El Convenio 169 fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD), el 26 de noviembre de 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 05 de diciembre de 1993. El depósito (registro) internacional se hizo el 02 de febrero de 1994 y adquirió vigencia en nuestro país desde el 02 de febrero del año 1995, es decir a un año del registro de la ratificación.

Vale precisar que el Convenio 169 fue aprobado en el marco de la Constitución de 1979 (artículos 102º y 186º inc. 3). Esta norma en su artículo 105º disponía que los Tratados de Derechos Humanos se les consideren incorporados a nuestra legislación constitucional.

El artículo 55º de la vigente Constitución de 1993, señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

### **2.9.2. Jerarquía normativa del Convenio**

Es cierto que la Constitución Política del Perú, no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional. Ello se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución, de conformidad con los

principios de unidad de la Constitución<sup>59</sup>, y concordancia práctica<sup>60</sup> en consonancia con la jurisprudencia vinculante del TC.

Al respecto, coincidimos con la mayoría de los constitucionalistas, que consideran que para establecer la jerarquía normativa de los derechos humanos colectivos de pueblos indígenas en la actual Constitución, resulta importante valorar la disposición común denominada Cláusula Abierta o Numerus Apertus (Art. 3° de la Constitución de 1993), que recoge la institución de los derechos innominados, según la cual, los derechos fundamentales no sólo son los que están contenidos literalmente en la Constitución, sino que a estos debemos de agregar aquellos que brotan de la dignidad humana. Ya que según esta disposición, *"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..."*.

En ese sentido, si partimos de la premisa que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT, entonces los mismos, indefectiblemente vienen a ensanchar el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución.

Finalmente tenemos la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en la Constitución se interpretan «de conformidad» con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante ello, el TC en reiterada, sostenida y uniforme jurisprudencia, ha precisado que los tratados internacionales de derechos humanos no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Principio de unidad de la Constitución, puede ser ubicadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04747-2007-HC/TC, f.j. 5 y Exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. A.

<sup>60</sup> Principio de concordancia práctica, puede ser ubicadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. b

Para modo de ejemplo tenemos la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, de 19 de febrero de 2009, donde el Tribunal Constitucional señaló que: “(...) 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 lo tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades (...) Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”<sup>62</sup>.

César Landa Arroyo<sup>63</sup>, sobre la posición de los Tratados en general en la Constitución, sostiene la existencia de cinco tesis: Tesis de rango supraconstitucional, constitucional, supralegal, legal y administrativo. Asimismo sostiene que la posición constitucional de los tratados en la Constitución de 1993 no se encuentra exenta de asumir una opción mixta, es decir una posición que contiene tanto, elementos monistas como dualistas, por ser éstas (posiciones) que caracterizan al derecho internacional como un derecho de integración, en base a la responsabilidad internacional. Landa concluye que esta opción mixta es relevante, ya que permite una solución razonada y adecuada a las circunstancias; es decir, que unas veces la norma internacional prevalecerá sobre la norma interna, o en otras la norma nacional prevalecerá sobre la norma internacional, en función de la norma que mejor proteja a la persona humana y a su dignidad, de conformidad con el principio democrático *in dubio pro homine* o *favor libertatis*, que postula el artículo 1° de la Constitución de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Esta apreciación nos permite afirmar que un tratado que versa sobre Derechos Humanos, como lo es el Convenio 169 OIT, es de un rango superior a las leyes internas.

De acuerdo a lo sostenido por Landa Arroyo, así como lo señalado por el Tribunal Constitucional, podemos concluir este título, a fin de no dejar duda alguna, señalando

---

<sup>61</sup> **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25.

<sup>62</sup> **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 03343-2007-PA/TC.

<sup>63</sup> **LANDA A., César.** “*Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. [Artículo en Internet]. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010 [Consultado el día 21 de abril del año 2012]. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/guía/landa-2.htm>.

categoricamente que el Convenio 169 OIT, en su condición de Tratado de Derechos Humanos de los pueblos indígenas, es una norma de rango constitucional.

### 2.9.3. Fuerza normativa directa e inmediata del Convenio

La consecuencia práctica de incorporación del ordenamiento jurídico establecido en el Convenio 169 y su respectivo reconocimiento de rango constitucional, es que los jueces, los funcionarios públicos, las empresas y la ciudadanía en conjunto, tienen la obligación jurídica de cumplir directamente con el Convenio, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo. Es decir que el Convenio 169 OIT, constituye una disposición de orden constitucional y por lo tanto asume todos los caracteres de la Constitución, lo que quiere decir que todas sus normas o disposiciones son vinculantes a todo el aparato estatal, a los operadores públicos y en general a todas las personas naturales y jurídicas.

En otras palabras, como dice Luis Castillo Córdova, no se necesita de la intermediación legislativa para surtir sus efectos normativos. Lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general y las referidas a los derechos en particular como es el caso de este Convenio, a una legislación o reglamentación, ya sea del órgano Legislativo o de la Administración pública<sup>64</sup>.

En suma, una interpretación que subordine la vigencia de la Constitución y de las normas con ese rango como son los TIDH, es incompatible con el principio de fuerza normativa de la Constitución.

Es así que en los expedientes recaídos en la sentencia N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, acumulados, f.j. 34, el Tribunal Constitucional ha expresado que el reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT trae dos consecuencias fundamentales:

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

---

<sup>64</sup> CASTILLO C. Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 1a ed. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 200.

*de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución".*

Complementariamente debemos señalar lo sostenido por el Tribunal Constitucional (STC 03343-2007-PA/TC) en una de las pocas sentencias que se refiere al Convenio 169 OIT, cuyo colegiado fundamenta que:

*"(...) 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 los pueblos indígenas que, a su vez concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (...)"*

Queda claro entonces, que el Tribunal Constitucional al otorgarle validez y vigencia directa al Convenio 169, le está asignando una fuerza normativa vinculante y de rango constitucional, de la que goza por sí solo –en mérito a la propia Constitución– por lo tanto, éste es de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano.

Tal es así que la misma Constitución Política vigente de 1993, ha determinado dos sistemas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: a) una jurisdicción constitucional a nivel nacional, mediante el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial y; b) otra jurisdicción supranacional, mediante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

### **3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

#### **3.1. Aspectos generales.**

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha tenido una gestación de más de dos décadas. A raíz del estudio del relator especial José Martínez Cobo sobre el problema de la discriminación indígena, en 1982, el Consejo Económico y

Social autorizó la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas dentro de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías. Y, a partir de 1985 el Grupo recibió el encargo de redactar un borrador de la Declaración, redacción que contó con la participación de organizaciones de pueblos indígenas. La Declaración fue aprobada primero por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 29 de junio del 2006. Y, el 13 de setiembre del 2007, luego de unos cambios, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el sexagésimo primer período de sesiones, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado mayoritariamente, con 143 votos a favor. En esta Asamblea mundial, 4 países votaron en contra, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda y 11 países se abstuvieron, Azerbaijón, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania.”<sup>65</sup>

La Declaración, por su contenido, constituye un nuevo parámetro internacional en derechos de los pueblos indígenas. En cierto modo, la Declaración es un punto de llegada, porque sintetiza los avances hechos en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas, en tanto profundiza y amplía derechos que están en el Convenio 169 de la OIT, recoge los principios desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y las demandas indígenas. De otro, es un punto de partida, porque su efectividad depende del compromiso de los Estados y del Sistema de Naciones Unidas. La Declaración parte del principio de la igual dignidad de los pueblos, lo que amplía el clásico principio de la igual dignidad de individuos.

Los pueblos indígenas, considerados iguales en derechos que todos los pueblos, tienen el derecho de existir física y culturalmente. De ahí que la Declaración proscriba el genocidio y la asimilación forzosa como forma de exterminio cultural. En consecuencia, la Declaración establece el derecho de los pueblos indígenas de determinar libremente su condición política y forma de desarrollo, y de participar en la definición de las políticas estatales. Es decir explícita que los pueblos indígenas tienen igual dignidad y derechos que todos los pueblos y que gozan de libre determinación. Descartando que esto constituya una autorización para la desintegración territorial o política de los estados.

---

<sup>65</sup> SEVILLANO A. María Del Rosario, **PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR**. Ob. Cit., p. 31.

La Declaración entierra definitivamente la posibilidad legal para políticas de asimilación o integración forzosa. E incluso, la participación depende de la voluntad de los pueblos.<sup>66</sup>

### 3.2. Naturaleza Jurídica de la Declaración

En el ámbito del Derecho Internacional, existe una jerarquía normativa establecida. Esta estructura prelativa está encabezada por las normas imperativas de Derecho Internacional o *JUS COGENS*, las mismas que constituyen normas referidas a los principios del derecho internacional considerados de mayor importancia, gozando por ello de preferencia y prioridad sobre otros principios de derecho, basados en los tratados y el derecho consuetudinario.

Asimismo, en esta estructura se ubican luego los instrumentos internacionales, los mismos que constituyen acuerdos entre Estados y organismos intergubernamentales (OIG) o declaraciones de principios de los OIG llamadas a su vez Declaraciones o Resoluciones.

Las Declaraciones o Resoluciones constituyen instrumentos redactados y aprobados por los OIG, son declaraciones de principios, con efecto legal variado y tratan generalmente temas que interesan a los OIG, tales como los derechos humanos, desarrollo, medio ambiente, pueblos indígenas, tal como es la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuya capacidad vinculante es materia de debate en la actualidad.

Algunos mencionan que "(...) la naturaleza jurídica de dicho instrumento no permite que sus preceptos sean de obligatorio cumplimiento para los Estados que aprobaron la Declaración"<sup>67</sup>, sustentando que para las Naciones Unidas una declaración de la Asamblea General es un tipo de resolución y, por tanto, estrictamente hablando, tiene el valor de una recomendación para los Estados. Agregan "...que si bien la Declaración no tiene una fuerza vinculante en el ámbito jurídico, si la tendrá en el ámbito político y moral".<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Esto se hace particularmente importante en los casos de los pueblos llamados "no contactados o de contacto inicial". Los estados ya no les pueden forzar siquiera a la consulta o participación, en tanto tales pueblos así no lo deseen, o en tanto pueda peligrar su integridad como pueblos. Cabe anotar que el sólo contacto de ciertas enfermedades ha causado grandes diezmas entre dichos pueblos. No es menor el impacto del "choque cultural" por contactos y procesos de cambio cultural no controlados por dichos pueblos y que dan lugar a desajustes autodestructivos como suicidios, consumo descontrolado de alcohol, etc.

<sup>67</sup> SEVILLANO A. María Del Rosario, **PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR**. Ob. Cit., p. 31

<sup>68</sup> *Ídem*

Fergus Mackay<sup>69</sup>, señala que a diferencia de los Tratados, que son obligatorios para los Estados que los han suscrito y/o ratificado, las “Declaraciones, con ciertas excepciones, son meramente recomendaciones para que los Estados las sigan o las ignoren a su discreción. La excepción se da cuando una declaración repite principios existentes de derecho internacional o contiene normas de derecho internacional consuetudinario, y es por ello de carácter obligatorio, al menos con respecto a la(s) disposición (es) relevante(s)”.

Por nuestra parte, creemos que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, si tiene efectos jurídicos vinculantes, ya que las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone, representando el desarrollo progresista internacional de las normas legales y refleja el compromiso de la Organización de Naciones Unidas y los Estados miembros para con los pueblos indígenas. Vale leer para ello los artículos 26 y 31 del Convenio de Viena.

Cabe precisar que una característica particular de la Declaración es el artículo 42 mediante el cual se establece expresamente al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas como una de las entidades intergubernamentales encargadas de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Declaración<sup>70</sup>. Este tipo de disposición es característica de los instrumentos convencionales de derechos humanos.

### 3.3. Contenido de la declaración

La Declaración precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, especialmente sus derechos a sus tierras, bienes, recursos vitales, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico.

Enfatiza en el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y

---

<sup>69</sup> FERGUS Mackay. “*Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*”. En: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumentos de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC, 2011. Informe Consulta Previa. p. 183.

<sup>70</sup> Artículo 42 de la Declaración Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen y su derecho a mantener su diversidad y a propender por su propia visión económica y social.

Así, Louise Arbour, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sostiene que:

*“La Declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la supervivencia, dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. La Declaración aborda, entre otras temáticas los derechos individuales y colectivos incluyendo aspectos referentes a la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma. La Declaración también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. De igual manera, la declaración garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural. La declaración estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas”.*

#### **3.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Estado peruano.**

Trataremos los alcances e implicancias jurídicas que tendría este documento en la aplicación e implementación del Convenio 169 OIT en el Sistema Jurídico Peruano.

En esencia, las declaraciones señalan que los Estados interpretarán el lenguaje de las disposiciones de un tratado de una manera determinada. Así por ejemplo, en el caso del Perú, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, señala que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Esta disposición permitiría que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas sea comprendida como un acuerdo internacional de observancia obligatoria en la interpretación del Convenio 169 OIT, como parte del bloque constitucional, complementando su aplicación a casos concretos, es decir la Declaración coadyuvará a una interpretación más eficaz del Convenio.

Para el caso del Perú, México y Guatemala, este instrumento internacional además más les compromete ética y moralmente, al haber sido promotores para que se adopte esta declaración, conforme señaláramos anteriormente.

#### 4. Teorías de la incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno

La doctrina diferencia dos sistemas normativos en el derecho, de un lado el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno.

Acerca de la forma de incorporación del sistema jurídico internacional al orden jurídico interno, existen tres teorías: la teoría monista, la teoría dualista y la teoría ecléctica o integradora:

##### 4.1. La Teoría Monista

El Monismo, entiende que las normas del derecho internacional y las del derecho interno, forman un único sistema jurídico; de esta forma, el derecho interno de un Estado estaría integrado por sus normas de derecho interno y además por las normas del derecho internacional. Si bien se afirma la existencia de un único sistema jurídico, en esta corriente pueden diferenciarse dentro de aquellos que otorgan preferencia al derecho interno con relación al derecho internacional (monismo con primacía en el derecho interno -Wenzel-) y aquellos que otorgan preferencia al derecho internacional con relación al derecho interno (monismo con primacía en el derecho internacional -Kelsen).

Al desarrollar esta corriente, se propone que para integrar una norma de derecho internacional al derecho interno, es necesaria una Ley de Aprobación. Pero los monistas con primacía en el derecho internacional, creen que la norma internacional integra 'per se' (de pleno derecho) el derecho interno.

Sobre la primacía del Derecho Internacional, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se ha pronunciado unánimemente al respecto, el laudo arbitral en el caso *Aria Versus Mines*, en que el Arbitro Pumpley resolvió, que en caso de conflicto, "el Derecho Interno debe ceder".

Como señala Zenteno "Un Estado que válidamente contrajo obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su legislación, las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos".<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> ZENTENO B. Julio Cesar. *Derecho Internacional Público*, Parte I, 1ª ed. Guatemala: Editorial USAC, 1991, p. 30.

Confirmando la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en un documento oficial de fecha 5 de noviembre de 1948, sostuvo que: “Los Tratados válidamente concluidos por un Estado, es regla generalmente reconocida por el Derecho Internacional y forma parte de la Ley interna del Estado y no pueden ser unilateralmente derogadas por acción nacional”.

#### **4.2. La Teoría Dualista**

Cuyos autores históricos más representativos son el alemán Trieppl y el italiano Anzilotti, sostienen que el Derecho Interno y Derecho Internacional, constituyen dos sistemas jurídicos independientes y distintos, por cuanto que sus fuentes, los sujetos y sus normas son diversas. Es decir, “el derecho internacional y derecho interno son dos realidades distintas e independientes, sin coincidencias y por tanto sin conflictos entre sí (...), el derecho interno disciplina las relaciones internas del Estado y el derecho internacional público regula relaciones entre Estados”.<sup>72</sup>

Para hacer aplicable el derecho internacional, debe convertirse en norma interna mediante un acto del legislador.

#### **4.3. La Teoría Ecléctica o Integradora**

Esta teoría concilia las dos primeras. “La existencia de un universo jurídico al cual corresponden tanto el derecho internacional como el derecho interno, con la particularidad de que las relaciones entre ambos no son de prevalencia, como afirman los monistas, sino de coordinación”<sup>73</sup>.

En esa línea argumental: «no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración»<sup>74</sup>. Prevalerá aquel derecho (interno o internacional) que mejor proteja los derechos de las personas. Si bien

---

<sup>72</sup> FLORES J. Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*, 1ª ed. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2009, p. 51.

<sup>73</sup> *Ibidem*

<sup>74</sup> SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 00679-2005-AA, f.j. 35.

usualmente el DIDH establece pasos mínimos, puede haber casos donde el derecho interno sea más protector, en cuyo caso prevalecerá<sup>75</sup>.

Pedro Nikken, complementa la teoría, indicando que se requiere, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional.

## 5. Medidas administrativas

Conforme con lo señalado por el Convenio 169 de la OIT, las medidas legislativas o administrativas, incluyendo los planes y programas, serán consultadas siempre y cuando impliquen una afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

**5.1. Definición.-** En cuanto a las medidas administrativas, éstas son definidas por el Reglamento de la Ley de la Consulta Previa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, de la siguiente manera:

*“Las Medidas Administrativas son 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”.*<sup>76</sup>

Conforme al artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, *“son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”, con lo cual –a diferencia de las iniciativas legislativas– tienen de por sí un efecto concreto en la situación jurídica de un particular.*

Al respecto Jose Alberto Estela Huaman y Victor Juber Moscoso Torres, definen los actos administrativos como “declaraciones de voluntad del administrador, destinados a producir efectos jurídicos administrativos, vale decir el nacimiento, la regulación, modificación, o extinción de derechos y obligaciones”<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> NIKKEN, Pedro. “La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Un desarrollo Progresivo”. En: MOLLEDA Juan Carlos, ROEL, Luis Andrés. *Manual de herramientas legales para operadores de sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Editorial Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C., 2011. p. 60.

<sup>76</sup> Según dicha definición, la medida administrativa es 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.

<sup>77</sup> ESTELA H. Jose Alberto, Moscoso T. Victor Juber. *Derecho Admonistrativo y Admnistracion Pública*. 1ª ed. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley; 2018. p. 226.

Como manifestación del poder público, los supuestos y consecuencias del acto administrativo responden a la regulación prevista en la ley para su emisión.

**5.2. Incidencia del principio de Legalidad.-** Considerando que los principios fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, y que cualquier transgresión en la regulación o aplicación procesal de los principios de referencia provoca una lesión jurídica, que el derecho sanciona como nulidad y la política reprocha como desviación de poder, es necesario hacer referencia al principio de legalidad, según al artículo IV de la Ley N° 27444.

*“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”*

Por tanto, la legalidad administrativa esta compuesta por una serie de actos de raíz constitucional que predicen su existencia. Así al principio de legalidad lo integran:

- a) La Normativa Jurídica. Toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera que sea su fuente: Constitucional, legislativa o administrativa.
- b) La jerarquía normativa. Ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto lo dispuesto por otra de rango superior. Las normas u ordenes del superior no pueden ser derogadas o rectificadas por el inferior. Ello atañe a la unidad del sistema y al normal desenvolvimiento del orden jurídico.

**5.3. Fuentes del procedimiento administrativo.-** El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema organico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho, debido a lo cual se tiene como fuentes del procedimiento administrativo:

- a) Las disposiciones constitucionales.
- b) *Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.*
- c) *Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.*
- d) *Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.*
- e) *Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.*
- f) *Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.*
- g) *La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.*

- h) *Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.*
- i) *Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas; y*
- j) *Los principios generales del derecho administrativo.*

De los cuales las *disposiciones constitucionales, los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional, la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas, son útiles para la presente investigación, conforme se explicará en los capítulos posteriores.*

**5.4. La validez de actos administrativos.** Todos los actos administrativos se presumen que son válidos, mientras un órgano competente para ello no declare lo contrario, es decir los actos administrativos, cualesquiera que sean sus vicios de ilegalidad, son válidos y, además, deben ser conservados siempre que sea posible<sup>78</sup>.

Los requisitos de validez del acto administrativo, conforme lo ha reconocido la doctrina dominante en el derecho administrativo se concentran en los elementos subjetivos de los actos administrativos (competencia), elementos objetivos (objeto o contenido y finalidad pública) y elementos formales (la motivación y el procedimiento regular).

La existencia de estos elementos, otorga al acto administrativo validez, y por ende expedito para surtir sus efectos jurídicos.

En este mismo sentido la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en su Artículo 3º, con relación a los requisitos de validez, precisa que estos son:

*“1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión. 2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*

<sup>78</sup> BELADIEZ R. Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. 1ª ed. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas; 1994. p. 12.

3. *Finalidad Pública.*- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.4. *Motivación.*- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.5. *Procedimiento regular.*- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.”

En caso el acto administrativo no cumpla con algunos de estos requisitos para su emisión, el particular perjudicado por el vicio o error cometido por la autoridad queda facultado para plantear su nulidad a través de los recursos administrativos. Cabe indicar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe el recurso de nulidad, sino que la pretensión de nulidad debe ser formulada dentro del recurso de apelación o, si fuera el caso, el de revisión. De otro lado, en caso de que el acto administrativo, además de contener un vicio, vulnera el interés público, la autoridad administrativa competente puede declarar de oficio su nulidad<sup>79</sup>.

Si los plazos hayan prescrito, es posible pedir la nulidad del acto administrativo via proceso constitucional de amparo conforme se explica más adelante.

### 5.5. Objeto o contenido del acto administrativo

El artículo 5° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, explica sobre el objeto o contenido del acto administrativo, conforme se transcribe:

- a) *El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.*
- b) *En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar.*
- c) *No podrá contravenir en el caso concreto **disposiciones constitucionales**, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.*

<sup>79</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.** *Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano.* 1ª ed. Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico; 2014. p. 18

- d) *El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días.*

La no contravención a las **disposiciones constitucionales**, establecida en el artículo 5°, explica uno de los cinco elementos estructurales de los requisitos de validez del acto administrativo **-objeto o contenido-** y su transgresión conllevaría a la nulidad del acto administrativo, como se indica.

**5.6. Invalidez del acto administrativo.-** En la doctrina tradicional se viene afirmando que la invalidez se deduce de la discordancia entre el acto y la norma (o sea, con los requisitos exigidos por la norma para el acto). Esta afirmación, sin embargo, ha sido criticada por Margarita Beladiez Rojo, quien señala “que lo que se deduce de la discordancia entre el acto y la norma es la ilegalidad de aquel, exactamente igual que se predica de los reglamentos o disposiciones generales. La legalidad (ilegalidad) es el resultado de una constatación: el operador jurídico contrasta acto y norma y a su vista constata o una concordancia (legalidad) o una discordancia ilegalidad”<sup>80</sup>.

Agrega, Beladiez, “es el caso que el ordenamiento jurídico no califica, sin más y siempre, de inválidos a los actos administrativos ilegales, dado que admite ilegalidades no invalidantes”.

Concluye señalando, que definitivamente, pues, nos encontramos ante dos juicios sucesivos: un juicio de ilegalidad, primero, que es el resultado de una constatación y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad.<sup>81</sup>

Vale mencionar lo señalado por varios autores, que todas las invalideces son consecuencia de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades arrastran la invalidez. La razón de esa falta de concordancia entre ambos círculos (es decir entre ambos conceptos) consiste en la importancia que en ocasiones se da al fin del acto. El ordenamiento jurídico se encuentra presionado por dos impulsos que pueden ser contrapuestos: de un lado quiere que la

<sup>80</sup> BELADIEZ R. Margarita. Ob. Cit., p. 10.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 11.

legalidad sea respetada y, por ende, sanciona con invalidez a los actos que la infringen; pero, de otro lado, quiere que la administración consiga sus fines y, por ende, mantiene los actos que pueden alcanzarlos. Ahora bien, como estas pretensiones pueden resultar incompatibles, se impone el sacrificio de una en beneficio de la otra.

El dilema no es fácil de resolver, pues la aplicación implacable de un solo principio resultaría perturbadora. Si la ilegalidad arrastrará siempre la invalidez, quedarían sin alcanzar ciertos fines públicos y padecería la eficacia administrativa; pero si, por el contrario, la ilegalidad no fuera sancionada nunca con la invalidez, saltaría por los aires el estado de derecho o estado de derecho constitucional.

En este sentido después de haber revisado el texto de la autora antes mencionada, podemos concluir que la primera consecuencia jurídica de la declaración de ilegalidad es la invalidez, entendida aquí, por tanto, como la declaración de ilegalidad relevante realizada por el órgano constitucionalmente legitimado para ello. Acto inválido es, pues, aquel sobre el que pesa una declaración de ilegalidad relevante realizada por un órgano constitucionalmente legitimado para ello.

Se debe aclarar que la invalidez no es, en definitiva, consideración suficiente para la nulidad del acto (puesto que hay, actos inválidos que no son nulos); pero es, desde luego, causa necesaria, puesto que no puede declararse la nulidad -o anularse el acto -sin una invalidez previa.

**5.7. La Nulidad de actos administrativos.** Una forma de cuestionamiento de fondo a la validez del acto administrativo, es la nulidad de actos administrativos y ocurre cuando el acto contiene vicios insubsanables, por lo que debe ser retirado del ordenamiento. Esta nulidad debe ser declarada por el órgano administrativo competente o el órgano jurisdiccional según corresponda.

Vale precisar para que la nulidad de un acto administrativo pueda ser declarada como tal, el acto deberá contener vicios de importancia que no pueden ser subsanados; y/o que se haya configurado al menos una de las causales que han sido normadas previamente, por el vicio o vicios trascendentes que contiene el acto administrativo, significará su eliminación del

ordenamiento que a partir de su declaración por la administración pública o el Poder Judicial<sup>82</sup>.

De acuerdo con el artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho son los siguientes:

1. *La Contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias;*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de la Ley citada;*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición;*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*

La infracción al ordenamiento jurídico es la mas grave de las infracciones en que puede incurrir un acto administrativo porque una de las garantías más importantes del Estado Constitucional de Derecho consiste precisamente en que la Administración Pública sólo puede actuar dentro del marco de la juricidad.

**5.8 Anulabilidad del acto administrativo.** Nuestra legislación, a diferencia de otros ordenamientos administrativos, no ha recogido expresamente la categoría de la anulabilidad del acto administrativo, el cual es conocido en la doctrina como aquel acto administrativo que padece de vicio leve o de menor gravedad, razón por la que puede ser convalidado mediante la subsanación a posteriori de los vicios que adolece. Sin embargo, esta omisión es sólo aparente, porque aunque la categoría anulabilidad del acto administrativo no existe en la LPAG lo sustancial de la misma esta implícita en las reglas referidas a la conservación de los actos administrativos contenidas en el artículo 14°, porque tratándose de actos que padecen de vicios considerados no trascendentes o no relevantes por dicho dispositivo los entes

---

<sup>82</sup> **GACETA JURÍDICA.** "Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial", N° 108. 1a ed. Lima: Imprenta Editorial el Búho EIRL, 2007, p. 316.

administrativos están legalmente obligados a subsanarlos, anticipándose a una eventual impugnación de los mismos por parte de los administrados.

Como se mencionaba anteriormente la norma administrativa Ley N° 27444, el Decreto Legislativo N° 1029 de junio del 2008 que la modifica, no legislan fehacientemente sobre anulabilidad del acto administrativo, de modo que desarrollaremos la anulabilidad del acto jurídico, pretendiendo deducir semejanzas afines, con el acto administrativo en lo que puede ser concerniente y verosímil<sup>83</sup>.

Según el artículo 221 del actual Código Civil peruano el acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente;
2. Por vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación;
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; y
4. Cuando la ley lo declara anulable.

**5.9 Nulidad y Anulabilidad.** Queda dejar claramente la distinción entre actos nulos los cuales carecen de efectos y actos anulables que producen normalmente sus efectos, pero están amenazadas de ineficacia a petición de la parte interesada. A los actos nulos se les denomina también actos de nulidad radical o nulidad absoluta, y a los actos anulables se sostiene que son actos con nulidad relativa o actos impugnables.

El acto nulo carece desde su origen a perpetuidad de todo efecto jurídico. La ineficacia del acto es nulo de pleno derecho (*ipso iure*). La falta de eficacia del acto no impide que en realidad se establezcan o se pretendan establecer relaciones jurídicas sobre la base del acto nulo.

**5.10. Revisión de un acto administrativo.-** De acuerdo a Valdez Calle, citado por Espinosa-Saldaña Barrera, "...aun la administración mejor organizada e intencionada es susceptible de incurrir en error o, por lo menos, de dictar actos objetables por cualquier causa". Por esa razón, los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de que se puedan revisar los actos administrativos tanto en sede administrativa como en el Poder Judicial.

---

<sup>83</sup> ESTELA H. Jose Alberto, Moscoso T. Victor Juber. *Ob. Cit.*, 463-464

La revisión de actos administrativos presupone la emisión de un acto administrativo sobre el cual recaerá, posteriormente, el acto revisor, a efectos de analizar y evaluar tanto los aspectos formales y procedimentales que se ha seguido para su emisión así como el contenido del acto para que no vulnere un derecho de los administrados y el interés público.

El objetivo de esta actividad es garantizar que los actos administrativos que impacten en las situaciones y relaciones jurídicas de los administrados sean conforme al Derecho. La revisión de los actos administrativos puede traer como consecuencia la modificación de sus efectos jurídicos o la extinción de estos. Esta figura se puede clasificar, en función a los órganos, de la siguiente manera<sup>84</sup>:

(i) Revisión por órganos no administrativos. De acuerdo al tipo de vía que se utilice para cuestionar el acto administrativo, este tipo de control se puede subdividir de la siguiente manera:

i.a) Mediante el proceso contencioso administrativo. Esta clase de revisión de actos administrativos es la que el Estado lleva a cabo a través de sus órganos jurisdiccionales. Esta vía está reconocida en el Numeral 218.1 del Artículo 218 de la LPAG que indica que los actos administrativos que agotan la vía administrativa, podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo. Este proceso se encuentra desarrollado, a su vez, a través de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

i.b) Mediante el proceso de amparo. Esta clase de revisión de actos administrativos es la que los jueces constitucionales llevan a cabo a través de sus órganos jurisdiccionales ante cualquier acto o hecho que vulnera un derecho constitucional, entre los cuales se pueden encontrar los actos que pueden realizar funcionarios administrativos al emitir un acto administrativo. Este tipo de proceso se encuentra regulado en el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, donde se establece los fines y requisitos de este proceso para su procedencia.

(ii) Revisión al interior de la Administración Pública. De acuerdo a la iniciativa para revisar el acto administrativo, este tipo de revisión se puede subdividir de la siguiente manera:

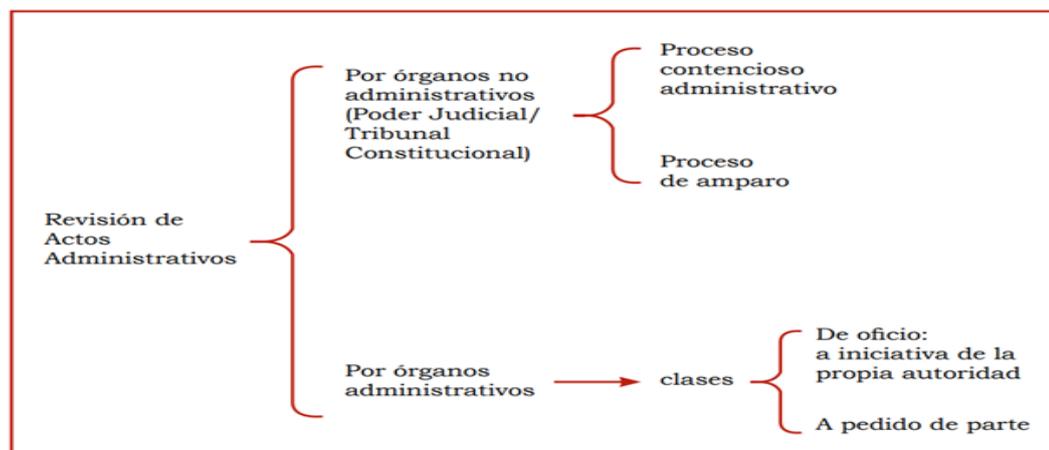
---

<sup>84</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Ob. Cit.*, p. 20.

ii.a) De oficio. Esta clase de revisión es a iniciativa de la propia autoridad sin que ninguna de las partes afectadas por el acto lo haya solicitado.

ii.b) A iniciativa de parte. En esta clase de revisión la parte agraviada por el acto administrativo solicita su revisión.

**Flujograma N° 2 se ilustra lo desarrollado en el presente acápite:**



Funete: Tomado de la Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano - Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos.

**5.11. Efectos de la Declaración de Nulidad.-** En cuanto a los efectos, el artículo 12.121 de la LPAG dispone que la declaración de nulidad de un acto administrativo basada en una constatación objetiva de los graves vicios que aquejan al acto, retrotrae sus efectos hacia el momento mismo en que el acto nació o sufrió del vicio que lo afecta. Esta regla es ratificada por el artículo 17.2 de la LPAG que establece que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo no sólo supone la extinción del mismo, sino que surte efectos desde su nacimiento, con carácter declarativo y efectos ex tunc.

Como señala Meier<sup>85</sup> el acto administrativo declarado nulo no es susceptible de generar efectos jurídicos válidos, desaparece de la vida jurídica como si nunca hubiera existido, los efectos producidos se pierden, se borran, y por supuesto tampoco podrá generar efectos para el futuro.

<sup>85</sup> MEIER E., Enrique. *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L., 2001. p. 253.

La excepción a la regla de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo esta constituida por los derechos adquiridos de buena fe por terceros, situación en la cual la parte final del citado artículo 12.1 establece de manera expresa que respecto de dichos terceros la proclamación de la invalidez del acto sólo producirá efectos a futuro.

## **6. Lesión de derechos fundamentales por actos administrativos**

La lesión de un derecho fundamental, es en primer término desconocimiento, menoscabo, quebranto o conculcación procesal o material de un derecho fundamental por acción expresa, tácita, presunta, omisión o vía de hecho.<sup>86</sup>

En el derecho comparado el auténtico precedente de la inserción en la categoría de la nulidad de los actos que lesionen derechos y libertades fundamentales a de situarse en el ordenamiento jurídico francés. En efecto, en el Derecho Administrativo francés, los actos administrativos que lesionen derechos y libertades fundamentales (inviolabilidad de domicilio, libertad individual, libertad de circulación, libertad de expresión, libertad de prensa, libertad religiosa, violación del secreto y la seguridad en la correspondencia) debido a la gravedad de los atentados realizados han sido considerados como actos nulos o inexistentes constitutivos de vía de hecho correspondiendo la determinación de esta nulidad tanto a la jurisdicción administrativa como a la autoridad judicial.<sup>87</sup>

Asimismo en España la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha establecido en su art. 62.1.a) que son nulos de pleno derecho los actos administrativos de las Administraciones Públicas que “lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”.

Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 81/1991, de 22 de abril, fjs. número 3, ha considerado que “es en todo punto evidente que

---

<sup>86</sup> JORDANO F. Jesús. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, 1ª Ed. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 78.

<sup>87</sup> *Ibidem*. p. 67.

para existir una lesión de derechos fundamentales ha de ser, en todo caso, una lesión efectiva desde el punto de vista material, y ello tanto respecto a los derechos de carácter procesal, que pueden ser vulnerados por los órganos judiciales, como respecto a los de carácter sustantivo que lo puedan ser por otros poderes públicos<sup>88</sup>.

Por tanto debería darse la posibilidad de que la administración pueda revisar y pedir, en cualquier momento, la revisión de los actos nulos de pleno derecho, aunque haya pasado el plazo para recurrir y sin la limitación del plazo que existe para la revisión de oficio de actos declarativos de derechos que sean anulables, o para la declaración de lesividad de los mismos.

En nuestro país en definitiva, cuando exista un derecho susceptible de amparo constitucional, debería exigirse la imprescriptibilidad de la acción, pues la nulidad de pleno derecho no puede subsanarse ni convalidarse, y el mecanismo jurídico ideal es a través del proceso constitucional de amparo<sup>89</sup>.

Para cuyo sustento tenemos el artículo 46 de la Constitución que prescribe

“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.”

Además tenemos la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444), que en el artículo IV inciso 1.1 del Título Preliminar, señala:

*“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”.*

Habrá que interpretarse también que tal actuación deberá estar de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado peruano.

---

<sup>88</sup> JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. T. XXIX de 22 de abril de 1991, pp. 858-868.

<sup>89</sup> Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional “Artículo 2.- Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo. (...)”

Y no solo eso, vale citar el artículo 10º inciso 1 de la Ley N° 27444 antes citada, la cual establece las causales de nulidad de los actos administrativos. Según esta norma, “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho [...] La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”. Esto significa que esta tendrá que ser alegada por las partes.

### **6.1. La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como criterios de validez de las decisiones del Estado**

Una consecuencia de la especial fuerza normativa de la Constitución, y de las normas que a ella se agregan (a través de las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional y de la técnica del bloque de constitucionalidad), es que éstas constituyen un criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, en especial de los poderes públicos<sup>90</sup>. En efecto, en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no solo establece las reglas de cómo decir el derecho, sino también aquellas sobre «qué cosa» el derecho no puede decir y sobre qué cosa debe decir<sup>91</sup>. Debido a que en un Estado Constitucional las normas están condicionadas a la norma superior, que es la Constitución, porque ésta tal como lo expresa Luigi Ferrajoli, es “la positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia (...)”<sup>92</sup>.

La Constitución impone dos tipos de límites: los formales y los materiales. Los primeros, regulan el procedimiento de formación de las normas, obligando al órgano emisor a que cumpla la forma establecida para ello. Los segundos, vinculan el contenido de las disposiciones futuras, prohibiendo el contenido que contradiga lo regulado por la Constitución<sup>93</sup>.

El TC en su jurisprudencia ha señalado que: “la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si ésta puede ser inconstitucional– sino,

---

<sup>90</sup> **GARCÍA D.** Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra ed. Madrid. Editorial Civitas, 1985, p. 49.

<sup>91</sup> **FERRAJOLI**, Luigi. “*Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*”. En: *XI Seminario Eduardo García Maynes sobre teoría y filosofía del derecho*. Ciudad de México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), septiembre de 2001, p. 10.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>93</sup> **GUASTINI**, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional: La Constitución como límite a la legislación*, 1ª ed. México: Editorial Fontamara, 2001, pp. 47-48.

antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)»<sup>94</sup>.

Por ello, debemos de entender que la Constitución es la norma jurídico-política suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto es manifestación jurídica del principio político de soberanía popular, sirva para la tutela de los derechos fundamentales y el respeto del ordenamiento jurídico de la nación<sup>95</sup>. Por esta razón, ninguna norma, sin importar el órgano que la emita, puede alejarse de lo dispuesto en la misma Norma Fundamental.

En buena cuenta, la doctrina nos señala que existen fundamentalmente dos formas de entender el Derecho. Para el positivismo jurídico, el criterio de reconocimiento, tanto de la existencia como de su validez, es la forma cómo se producen las leyes, independientemente de su contenido. Por otro lado, el constitucionalismo jurídico, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones<sup>96</sup>.

Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: “De hecho, todos los derechos fundamentales –desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales– equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho”<sup>97</sup>. Agrega que: “Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y

---

<sup>94</sup> SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f.j. 6.

<sup>95</sup> SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 0023-2005-PI/TC, f.j. 1.

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. p. 7

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 11

vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos<sup>98</sup>. En palabras de José Luis Serrano: «la validez de una norma no depende solo de su promulgación o de su vigencia espacial, material, personal, competencial, procedimental o temporal; sino también de un juicio de coherencia estático, de contenido o sustancial que conforma a la norma con el sistema jurídico en su totalidad, incluyendo dentro a la constitución histórica<sup>99</sup>.

Para García de Enterría, las normas infra constitucionales: “sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa”<sup>100</sup>. La consecuencia práctica es la subordinación de las leyes y de las demás normas legales a la Constitución Política, no sólo en lo que respecta a las formas de su producción, sino también en lo que hace a los significados normativos producidos. Esto significa que: “una norma formalmente válida y, por lo tanto, existente, pueda ser, sin embargo, sustancialmente inválida porque su significado contradice las normas constitucionales sustanciales”<sup>101</sup>. Esto es lo que ocurre con las normas legales expedidas por el gobierno en forma inconsulta. Si bien, formalmente, los autores de las mismas pueden haber observado los procedimientos para aprobar este tipo de normas; sin embargo, en la medida que no fueron, son consultados y tienen un vicio de nulidad, pues violan el Convenio 169 de la OIT.

## 7. Las Concesiones Mineras

### 7.1. Naturaleza jurídica de las concesiones

Sobre la naturaleza jurídica de las concesiones mineras en el Perú, el TC ha mencionado que: “[e]n una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de

---

<sup>98</sup> *Íbidem*; pp. 13 y 14

<sup>99</sup> **SERRANO**, José Luis. *Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.101.

<sup>100</sup> Como bien señala Eduardo García de Enterría, la tradición de nuestro derecho constitucional «conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría solo principios «programáticos», indicaciones que solo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos». La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ra edición, Editorial Civitas, Madrid 1985, p. 50.

<sup>101</sup> **FERRAJOLI** Luigi. *Ob. Cit.*, 11.

una actividad económica. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular”<sup>102</sup>.

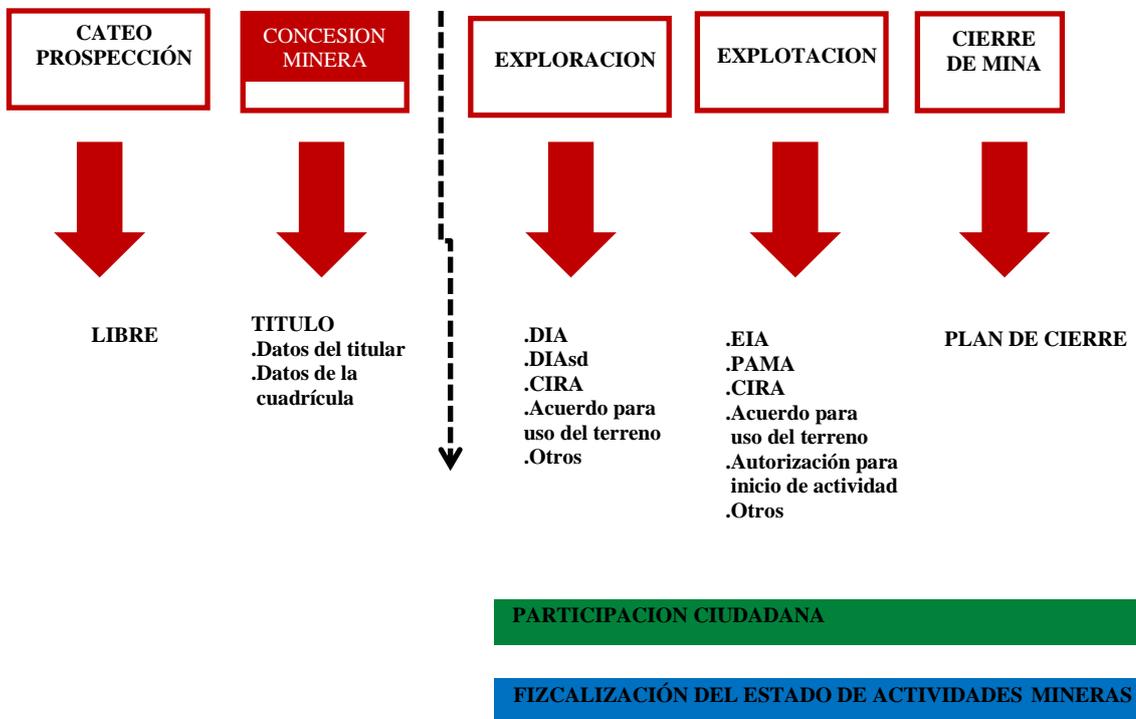
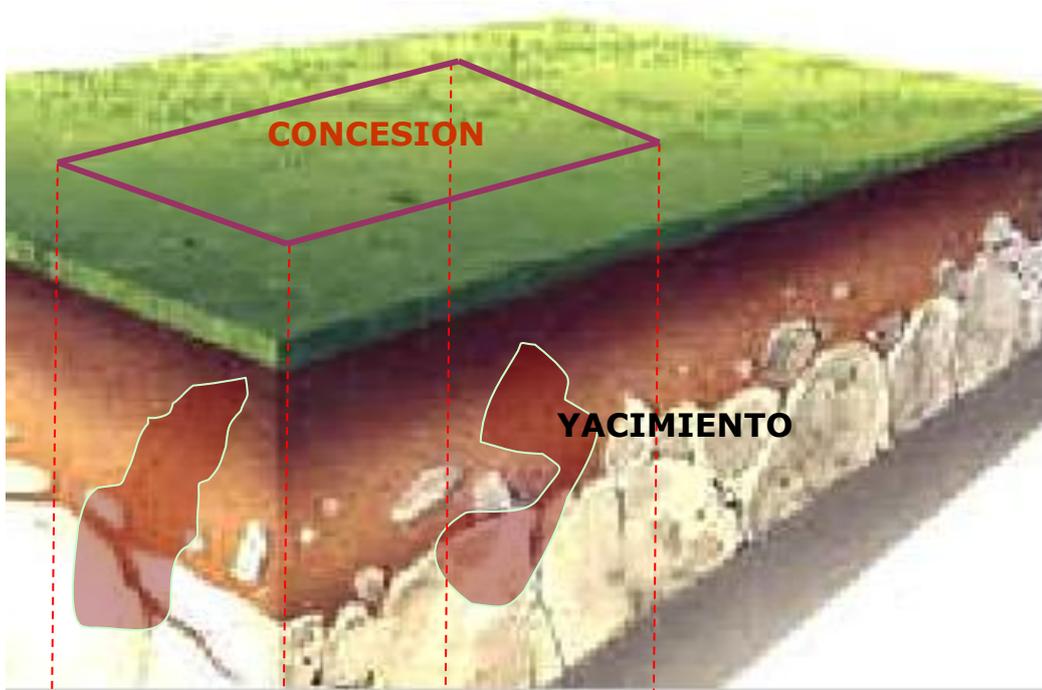
En ese sentido la concesión sobre recursos naturales constituye un título jurídico que permite o habilita la utilización privativa de un bien de dominio público (que se configura a través de un contrato de tipo administrativo, y se perfecciona mediante una resolución de la autoridad competente de carácter unilateral). La concesión otorga derechos de uso y disfrute, de los recursos naturales y de propiedad privada, sobre los frutos obtenidos.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 2226-2007-AA/TC, f. j. 15 y 16.

<sup>103</sup> **CHIRINOS A. Carlos.** Los recursos naturales y el debate constitucional: en búsqueda de políticas y un modelo normativo. En: Seminario Taller: Constitución, Medio Ambiente y Desarrollo. Lima: Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, la Sociedad Nacional del Ambiente y el Foro Ecológico; 15 de Mayo del 2002 [Consultado el día 26 de abril 2016]. Disponible en: [http://www.spda.org.pe/?wpfb\\_dl=212](http://www.spda.org.pe/?wpfb_dl=212) p. 3

Flujograma N° 03



Fuente: Ministerio de Energía y Minas  
 Elaboración: El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET, 2012.

## 7.2. Tratamiento constitucional de las concesiones mineras

Según el artículo 66 de nuestra Constitución política: *“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”*.

Conforme lo sostiene, Oswaldo Hundskopf Exebio, al comentar el artículo en mención: “es una institución general de Derecho Público mediante la cual el Estado, a su discreción, otorga a los particulares determinados derechos, para que puedan ejercer ciertas actividades tendientes al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, previo cumplimiento de trámites y procedimientos preestablecidos y sujetándose a la observación de ciertas reglas y al cumplimiento de condiciones resolutivas, tendientes a la conservación y preservación de los recursos naturales y a impedir la desnaturalización de su destino y del fin que determinó su afectación.”

Sobre la titularidad de los recursos naturales, Pulgar Vidal afirma que «(...) esto está vinculado al propio texto constitucional que reserva para el Estado la propiedad de los recursos naturales y faculta su otorgamiento a particulares bajo distintas formas que no impliquen un desprendimiento de dominio»<sup>104</sup>.

## 7.3. Tratamiento legal de las concesiones mineras

De conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821), la concesión “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”. Añade esta norma que “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 incorporeales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a

---

<sup>104</sup> MANUEL P. Vidal. *“Recursos Naturales y Lucha contra la Pobreza, ¿una articulación posible? Una aproximación desde el Derecho Ambiental y el concepto de sostenibilidad”*. En: Seminario *El Problema Agrario en debate*. Lima: SEPIA, p. 61 [Consultado el día 26 de abril 2016] Disponible en: [http://www.sepia.org.pe/facipub/upload/cont/881/cont/file/20080903021834\\_01recursosnaturales\\_pulgar.pdf](http://www.sepia.org.pe/facipub/upload/cont/881/cont/file/20080903021834_01recursosnaturales_pulgar.pdf).

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. De las licencias, derechos, permisos, autorizaciones, contratos de acceso, contratos de explotación, a que se refieren las leyes especiales”.

Por su parte, el artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM, señala que todos los recursos minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo, pertenecen al Estado, que el aprovechamiento de los recursos minerales se realiza mediante el régimen de concesiones.

El artículos 9 y 127 del mismo Texto Único Ordenado, antes mencionado, señalan que la concesión minera reconoce el derecho exclusivo al aprovechamiento de los recursos minerales existentes en un yacimiento mineral; que el yacimiento minero es un bien distinto y separado del predio donde se encuentra ubicado; que la concesión minera no concede ningún territorio (predio, terreno o tierras), y además que la concesión minera no autoriza el inicio de las actividades de exploración y explotación.

#### **7.4. Procedimientos de acceso a las concesiones mineras.**

El Procedimiento Administrativo, que establece el TUO de la Ley General de Minería para la obtención de una concesión minera, se encuentra fijado de la siguiente manera: En primer lugar el peticionario debe identificar claramente el área que se desea; para ello, se tendrá que determinar las coordenadas exactas de la zona que se desea pedir. Con la identificación del área se deberá iniciar el trámite legal ante el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET) mediante la presentación de un petitorio minero. Esta solicitud deberá contener los datos del peticionario, nombre del petitorio minero, la extensión superficial solicitada, el tipo de sustancia a extraer (metálica o no metálica), nombre y domicilio del propietario del terreno superficial donde se ubique el área solicitada, en caso fuere conocido, la ubicación del área solicitada (distrito, provincia, región) y las coordenadas UTM de la cuadrícula o de la poligonal cerrada del conjunto de cuadrículas solicitadas, indicando el nombre de la carta y zona en que se ubica el petitorio.

El peticionario también presentará el formato debidamente diligenciado denominado Compromiso Previo (Decreto Supremo N° 042-2003-EM), donde se compromete bajo

declaración jurada a respetar el medio ambiente y a la población del área de influencia de la actividad minera, fomentar preferentemente el empleo local, etc. Adicionalmente se deben presentar los comprobantes de pago del derecho de trámite (10% de una UIT) y del Derecho de Vigencia correspondiente al primer año, y de ser el caso.

La Dirección de Concesiones Mineras tiene siete (7) días hábiles para revisar el petitorio y determinar si cumple o no con todos los requisitos de ley y dentro de ese plazo elaborará sendos informes: a) Evaluación técnica: Verifica con la Carta Nacional que las coordenadas UTM estén correctamente formuladas e identifica si se trata de zonas de frontera, marítima o posee una franja de traslape. De igual manera, analiza los casos de las superposiciones, tanto con áreas de otras concesiones como con áreas restringidas a la actividad minera (zonas arqueológicas, proyectos especiales, Áreas Naturales Protegidas, áreas urbanas, etc.). También se determina la demarcación política del petitorio, definición que se realiza tomando en cuenta la información disponible en el INEI; b) Informe legal: Verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley General de Minería y el reglamento de procedimientos mineros. Además, corrobora si el petitorio reúne todos los requisitos para ser admitido y si toda la información requerida está consignada en el formulario.

En caso el petitorio cumpla con todos los requisitos, se le notificará al solicitante los respectivos carteles para su publicación dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación en el diario oficial El Peruano y en un diario de la capital de la región donde se ubica la concesión minera, con la finalidad de dar a conocer su solicitud y dejar abierta la posibilidad que tiene cualquier persona que se considere afectada en su derecho, a formular oposición al petitorio.

## **CAPITULO III: ANTECEDENTES GENERALES PARA ENTENDER EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA EN NUESTRO PAÍS**

### **1. De los Actos Realizados por el Gobierno Peruano**

#### **1.1. Promoción de la inversión privada.**

En el marco del llamado “Shock de Inversiones”, durante los últimos años los gobiernos de turno han venido promoviendo el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales principalmente en las zonas andina y amazónica del Perú, zonas por cierto donde habitan los pueblos indígenas, conocidos en el Perú como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas aislados.

María Del Rosario Sevillano<sup>105</sup>, señalaba que la presión sobre los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana se ha agudizado en los últimos años debido a la implementación de una política agresiva de entrega de concesiones de hidrocarburos (“Shock de las inversiones”). Precisaba que la extensión de territorio amazónico con lotes de hidrocarburos se incrementó del 2004 al 2009, del 9% al 59%, y paradójicamente muchos de éstos superpuestos con áreas protegidas por el mismo Estado, con tierras indígenas tituladas y territorios indígenas ancestrales, e inclusive con reservas propuestas para indígenas en aislamiento.

#### **1.2. Promulgación de Decretos Legislativos sin previa consulta**

Desde la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos (2007), más conocido como Tratado de Libre Comercio (TLC), el Poder Ejecutivo aprobó 96 Decretos

---

<sup>105</sup> SEVILLANO A. María Del Rosario, **PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR.**, Ob. Cit., p. 19.

Legislativos en el marco de la delegación de facultades dada por el Poder Legislativo<sup>106</sup>. Estos decretos emitidos<sup>107</sup> normaban sobre diversos temas, muchos de las cuales involucraban a los pueblos indígenas.

Si bien luego de los lamentables acontecimientos ocurridos en Bagua el 05 de junio del 2009, se planteó la revisión de los decretos legislativos ampliamente observados como el objetivo principal de la Mesa 2 del Grupo Nacional sin haberse logrado resultados concretos puesto que, salvo los decretos 994 y 1064, los demás continúan vigentes.

### 1.3. Manifestaciones de la política de desarrollo para la Amazonía

El 28 de octubre y el 25 de noviembre del 2007, el presidente de la República de entonces, escribió dos artículos en el diario El Comercio, denominados: “El síndrome del perro del Hortelano” y “Receta para acabar con el perro del hortelano”; en el que señala la necesidad de realizar el otorgamiento de las tierras “ociosas” ubicadas en los Andes y la Amazonía a grandes inversionistas. En dichos discursos políticos el Presidente de la República expresa su visión de desarrollo y su política para promover las inversiones, como:

*“Hay millones de hectáreas para madera que están ociosas, otros millones de hectáreas que las comunidades y asociaciones no han cultivado ni cultivarán, además cientos de depósitos minerales que no se pueden trabajar y millones de hectáreas de mar a los que no entran jamás la maricultura ni la producción. Los ríos que bajan a uno y otro lado de la cordillera son una fortuna que se va al mar sin producir energía eléctrica (...).*

*(...) Los que se oponen dicen que no se puede dar propiedad en la Amazonía (¿y por qué sí en la costa y en la sierra?). Dicen también que dar propiedad de grandes lotes daría ganancia a grandes empresas, claro, pero también crearía cientos de miles de empleos formales para peruanos que viven en las zonas más pobres. Es el perro del hortelano (...).*

*(...) Un segundo tema demuestra lo mismo, es la tierra. Para que haya inversión se necesita propiedad segura, pero hemos caído en el engaño de entregar pequeños lotes de terreno a familias pobres que no tienen un centavo para invertir, entonces aparte de la tierra, deberán pedirle al Estado para fertilizantes, semillas, tecnología de riego y además precios protegidos (...).*

<sup>106</sup> Ley N° 29157 publicada el 19 de diciembre de 2007 en el diario oficial “El Peruano”, que otorga facultades hasta por ciento ochenta (180) días calendario.

<sup>107</sup> El Poder Ejecutivo emitió 99 Decretos Legislativos, 63 de ellos durante la semana previa al término de la delegación de facultades, sin que estos fueran pre publicados ni revisados por alguna Comisión del Congreso, y sin la posibilidad de hacer un control posterior de las materias legisladas. Entre los Decretos Legislativos más cuestionados se encontraban: D. Leg. N° 994, 1015, 1020, 1059, 1060, 1064, 1073, 1079, 1080, 1081, 1089, 1090, entre otros.

*(...) Además existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tienen 200 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil hectáreas y las otras son propiedad ociosa, de 'mano muerta', mientras sus habitantes viven en la extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador (...).*

*(...) y el engaño dicen que esas tierras no pueden tocarse porque son objetos sagrados y que esa organización comunal es la organización original del Perú, sin saber que fue una creación del virrey Toledo para arrinconar a los indígenas en las tierras no productivas. Este es un caso que se encuentra en todo el Perú, tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente (...).*

*(...) Y contra el petróleo, han creado la figura del nativo selvático 'no conectado'; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruano debe quedarse bajo tierra mientras se paga en el mundo US \$ 90 por cada barril. Es preferible para ellos que el Perú siga importando y empobreciéndose... Frente a la filosofía engañosa del perro del hortelano, la realidad nos dice que debemos poner en valor los recursos que no utilizamos y trabajar con más esfuerzo... Y esa es la apuesta del futuro, y lo único que nos hará progresar”.*

Estas declaraciones no son más que las expresiones de la mayoría de la clase política peruana, expresiones contra los pueblos indígenas que tienen derechos anteriores y superiores sobre sus territorios, ya que este antecedente al mismo Estado peruano.

Estas expresiones de la mas alta autoridad del Estado peruano, lograron exacerbar los ánimos de desconfianza y descontento de las organizaciones indígenas, y con mucha razón.

## **2. Observaciones de organismos internacionales**

La problemática de los derechos de los pueblos indígenas no sólo fue expuesta por las organizaciones de la sociedad civil a nivel nacional e internacional, sino que también los propios organismos internacionales de control y supervisión del cumplimiento y respeto de los derechos indígenas de tales pueblos también manifestaron el reiterado incumplimiento de las obligaciones del Estado peruano.

Así, en febrero de 2009 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT publicó las observaciones de su 79° reunión para el Estado peruano. En dichas observaciones, se solicitó nuevamente al gobierno que desarrolle

un criterio unificado sobre los pueblos indígenas que debían ser cubiertos por el Convenio pues en la actualidad se tenía varias definiciones y términos que sólo generaban confusión.<sup>108</sup>

La CEACR también solicitó al Estado peruano el establecimiento de las instituciones y mecanismos indígenas que aseguren una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas, pues observó que el desempeño del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA no aseguraba los compromisos asumidos por el Estado peruano a través del Convenio 169 de la OIT.

Otra importante observación realizada por la CEACR fue la necesidad de establecer mecanismos apropiados de participación y consulta a los pueblos indígenas, contando para ello con la participación de los propios pueblos, en el contexto en que se venían discutiendo proyectos legislativos que no consideraban la realización previa de consultas.

Por otro lado, el 02 de junio del 2009 el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas emitió un comunicado expresando su preocupación por la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en la Amazonía peruana y solicitándole al Estado peruano la suspensión inmediata del estado de sitio en contra de las comunidades y organizaciones indígenas; a su vez, que se evite cualquier acción, como la intervención militar, que podría aumentar el conflicto ya existente; y, que cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales relativas a la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas y defensores de los derechos humanos<sup>109</sup>.

### **3. Marco jurídico nacional referencial sobre el derecho a la consulta antes de la emisión de la ley de consulta y su respectivo reglamento**

Aunque el Convenio 169 fue promulgado en 1993, durante la década de los noventa no se emitieron normas que desarrollaran el derecho a la consulta. El Poder Ejecutivo, en la siguiente década, adoptó las primeras disposiciones, en las que se observan deficiencias tales como la falta de un correcto desarrollo del concepto de consulta previa contenido en el

---

<sup>108</sup> DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (DAR). *Informe Hechos y Aspectos Vulneratorios de los Decretos Legislativos 1090 y 1064*. Lima: Programa de Bosques de DAR, 2009, pp. 25.

<sup>109</sup> Ibidem, pp. 15 y 16

Convenio 169 o la falta de mecanismos para hacer efectivo este derecho, en la medida que muchas de esas normas son eminentemente declarativas.

En nuestra legislación nacional el derecho a la consulta ha sido precariamente abordado a partir de algunas normas jurídicas entre las que se pueden mencionar:

**3.1. Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobado por Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH.**

Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos, pero no establece ningún mecanismo para hacer valer dicho derecho. Además, esta primera norma se adoptó para un sector en el que no se presentaban mayores conflictos en torno al derecho a la consulta.

No obstante, es importante reconocer que la resolución en mención es una de las primeras normas nacionales internas que hace mención expresa al derecho a la consulta recogido en el Convenio 169.

**3.2. Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG. Propuestas de procesos de consulta parcialmente eficaces.**

El artículo 43° de este Reglamento, establece que para la categorización o establecimiento de un área protegida deben realizarse procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Convenio 169, pero no indica cómo hacerlo. En este sector tampoco existen controversias mayores.

Pese a ello, es importante mencionar que a partir de este reglamento, se han llevado a cabo algunos intentos por desarrollar procesos de consulta con representantes de pueblos indígenas.

**3.3. Ley General del Ambiente, Ley N° 28611. Aspectos importantes del derecho a la consulta para el aprovechamiento de recursos naturales en áreas habitadas por pueblos indígenas.**

El artículo 72 de esta ley desarrolla aspectos importantes del derecho a la consulta para el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas habitadas por pueblos indígenas conforme a los instrumentos internacionales.

Lamentablemente, a pesar de ser un importante reconocimiento no se ha implementado mecanismos que aseguren la realización efectiva del proceso de consulta en el supuesto que se menciona en este artículo.

#### **3.4. Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2008-EM. Proceso informativo y no de consulta.**

En este Reglamento se hace mención al proceso de consulta como mecanismo de participación ciudadana en el cual se involucra tanto a la población en general como a los representantes de los pueblos indígenas. El proceso de consulta que se alude en la presente norma, si bien cuenta con algunas de las características reconocidas en el Convenio 169 y la Declaración, da muestras de tratarse de un proceso informativo y no uno de consulta.

De la revisión de los artículos pertinentes del Reglamento se nota que con la promulgación de esta norma no se pensó en la implementación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas conforme al Convenio 169, pues se plantea al proceso de consulta como un mecanismo sólo de información recíproca, es decir, el Estado informará del proyecto de hidrocarburos que realizará de forma inminente y a su vez la población le informará al Estado de sus preocupaciones.

Resulta importante tener en cuenta que la propia OIT se ha expresado respecto del Reglamento en cuestión.

#### **3.5. Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM. La consulta se realiza posteriormente a la concesión.**

En este Reglamento se hace mención expresa del Convenio 169, sin embargo al igual que en el caso anterior el mecanismo implementado busca solamente informar a la población involucrada en general, lo cual incluye a los pueblos indígenas si es que habitasen el área entregada en concesión.

Además, el mecanismo de información implementado en dicho Reglamento es posterior a la concesión que hace el Estado a la empresa minera. Es decir que primero se aprueba la concesión y luego se inicia el proceso de “consulta” a la población. Si bien se menciona inicialmente que el proceso de consulta debe realizarse antes del otorgamiento de la concesión, en el desarrollo posterior del texto, sólo se menciona a la “consulta” con posterioridad al otorgamiento de dicha concesión.

La CEACR de la OIT también ha hecho referencia a esta norma en observaciones publicadas en febrero de 2010. Puede concluirse entonces que la normativa nacional interna es, cuando menos, insuficiente e inadecuada a la luz de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las primeras normas que abordaban este tema eran deficientes y apenas tenían un carácter declarativo. Posteriormente, hemos contado con disposiciones que regulaban un proceso de consulta realizado de manera posterior a cualquier concesión minera o de hidrocarburos, y que no es un verdadero proceso de consulta, dado su carácter meramente informativo. No obstante, en estas normas se observa una intención de reflejar los principios del Convenio 169, aunque desvirtuados, como hemos señalado.

Por otro lado, las normas se refieren sólo a supuestos de proyectos de explotación de recursos naturales y dejan de lado otros supuestos plausibles del procedimiento de consulta como la promulgación de decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre la misma, programas de educación o salud y, en general, cualquier política o decisión estatal que afecte a estos pueblos.

## Cuadro N° 02

## Diferencia entre la consulta realizada por el MINEM y la establecida por la OIT

	<b>Consulta según el MINEM y la Comisión Agraria</b>	<b>Consulta según la OIT y el TC</b>
<b>Finalidad</b>	Recoger las «opiniones» de los PI sobre la medida a adoptarse	Lograr un «acuerdo» entre el Estado y los PI
<b>Verdadero objetivo político del Gobierno</b>	La consulta es concebida como una formalidad o un trámite a superarse	Debe haber real respeto por la identidad cultural de los PI y voluntad de diálogo y de incorporar los aportes de ellos.
<b>Estructura</b>	Actos aislados en diferentes partes	Un proceso con diferentes etapas
<b>Etapas</b>	Una sola etapa que se concreta en talleres informativos llamados audiencias públicas.	Varias etapas: 1) determinación de la medida a adoptarse y del pueblo indígena a ser consultado; 2) etapa de información a los PI; 3) deliberación interna de los PI sin la presencia del Estado; 4) diálogo de los PI con el Estado.
<b>Concepción del derecho a la consulta</b>	Es concebido como un derecho individual; por eso en los talleres se pide opiniones individuales.	Es concebido como un derecho colectivo de conformidad con el Convenio 169; por eso se pide la opinión al PI.

Elaboración propia

#### 4. La Conflictividad Social Derivada del Incumplimiento del Derecho a la Consulta Previa

Como hemos visto, el orden normativo peruano no se ha desarrollado siguiendo las disposiciones del Convenio 169 ni los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su aplicación ha sido todavía más lejana de estos estándares internacionales.

Al no respetar adecuadamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, se ha generado un contexto de alta conflictividad en el país.

En este sentido, Henry Carhuatocto, como otros conocedores del tema, ya señalaba que:

*Los conflictos sociales indígenas que tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa, evidencian la necesidad de desarrollar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y mejor aún que la consagre como un requisito previo en la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de estos pueblos, ello es parte vital para arribar a una solución sostenible y democrática<sup>110</sup>.*

Uno de los conflictos más graves relacionado con la falta de consulta fue el ocurrido en Bagua el 5 de junio de 2009, como consecuencia del cual fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas<sup>111</sup>

Como ya se mencionó, este conflicto se originó por una serie de decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo en junio de 2008, en el marco de la política gubernamental de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Los decretos afectaban los derechos a las tierras de las comunidades amazónicas<sup>112</sup> y todos se caracterizaron por incumplir con la realización de un proceso de consulta previa, antes de su aprobación.

La protesta de los pueblos indígenas amazónicos se inició el 9 de agosto de 2008, bajo la dirección de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP); después de una amplia protesta, el 22 de agosto el Pleno del Congreso aprobó la derogación de los decretos legislativos 1015 y 1073.

Debido a que las negociaciones de las instituciones indígenas no obtuvieron resultados, los pueblos amazónicos iniciaron una segunda jornada de movilización nacional el 9 de abril de 2009 y bloquearon diversas carreteras y vías fluviales hasta el 5 de junio.

Posteriormente, el 14 de mayo se cerraron las instancias de diálogo con los pueblos amazónicos, aunque al día siguiente AIDSESP volvió a tomar contacto con el gobierno y se acordó reanudar el diálogo el 20 de mayo. Paralelamente, en el Congreso de la República se

---

<sup>110</sup> **CARHUATOCTO S.**, Henry. "Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 18. *Jurisprudencia Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2009, pp. 121-133.

<sup>111</sup> **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**. *Actuaciones Humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 05 de junio del 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, Región Amazonas, en el contexto del paro amazónico*. Lima: Adjuntía Defensoría del Pueblo, 2009. Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD, p. 3

<sup>112</sup> Se trata de los decretos legislativos N° 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085.

discutía la derogación de los decretos legislativos 1090 y 1064, pero los debates fueron infructuosos.

El 5 de junio se inició un operativo policial destinado a desalojar a los manifestantes indígenas del tramo denominado “Curva del Diablo”, en la carretera Fernando Belaúnde Terry. Este operativo generó un enfrentamiento con los pueblos indígenas y las noticias extendieron la violencia hacia las zonas urbanas de Bagua y Bagua Grande, así como a la Estación N° 6 de Imazita. Estos hechos tuvieron como desenlace un alto costo en vidas humanas, como se señaló anteriormente.

***El conflicto como una oportunidad***

*Un conflicto es un hecho de la realidad que bien manejado puede promover el desarrollo personal y/o social al ser aprovechado para generar oportunidades de cambio y aprendizaje.*

Para un mayor detalle sobre el tema, vale hacer referencia a un cuadro elaborado por Instituto de Defensa Legal (IDL) en el año 2010, quienes analizaron todos los casos reportados por la Defensoría del Pueblo para determinar si los conflictos existentes en cada región del país tienen su origen en la falta de consulta.

Es así que en el cuadro siguiente se presenta el número de conflictos por región reportados por la Defensoría y se detalla la cantidad de conflictos activos y latentes<sup>113</sup> que cada uno tiene. Se han incorporado cuatro columnas que indican cuáles regiones cuentan con conflictos que involucran el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y cuáles no, tanto en estado activo como en estado latente.

---

<sup>113</sup> Activos: existe un conflicto verificado. Latentes: existe la posibilidad de conflicto. Según la diferencia que señala la Defensoría del Pueblo.

Cuadro N° 03

Región	Número de conflictos			Falta de consulta previa			
	Activos	Latentes	Total	Conflictos activos	Conflictos latentes	Total	%
Amazonas	2	0	2	2	0	2	100
Ancash	13	1	14	3	2	5	36
Apurímac	9	0	9	5	0	5	56
Apurímac/Cusco	1	0	1	1	0	1	100
Arequipa	7	1	8	4	1	5	63
Arequipa/Cusco	2	0	2	1	0	1	50
Arequipa/Puno	0	1	1	0	0	0	0
Ayacucho	10	6	16	3	4	7	44
Ayacucho/Arequipa	1	0	1	0	0	0	0
Ayacucho/Huancavelica	2	0	2	0	0	0	0
Cajamarca	16	5	21	9	2	11	53
Callao	2	0	2	0	0	0	0
Cusco	18	3	21	11	1	12	57
Cusco/Junín	1	0	1	0	0	0	0
Cusco/Madre de Dios/ Puno	2	0	2	2	0	2	100
Huancavelica	4	4	8	4	1	5	63
Huánuco	3	1	4	1	0	1	25
Ica	3	0	3	0	0	0	0
Ica/Lima	0	1	1	0	0	0	0
Junín	19	4	23	11	1	12	53
La libertad	7	2	9	3	1	4	44
Lambayeque	3	2	5	2	1	3	60
Lima	20	4	24	7	0	7	30
Loreto	10	0	10	5	0	5	50
Madre de Dios	1	2	3	1	0	1	33
Moquegua	6	2	8	4	0	4	50
Moquegua/Puno	1	0	1	0	0	0	0
Moquegua/Tacna	0	1	1	0	0	0	0
Nacional	20	1	21	2	0	2	10
Pasco	4	5	9	3	2	5	56
Piura	15	2	17	6	1	7	42
Puno	19	5	24	8	1	9	38
San Martín	4	4	8	1	1	2	25
Tacna	6	0	6	5	0	5	83
<b>total</b>	<b>231</b>	<b>57</b>	<b>288</b>	<b>107</b>	<b>19</b>	<b>126</b>	<b>44</b>

Fuente: Defensoría del Pueblo

Elaboración: Instituto Defensa Legal (IDL) 2010.

Con base en lo anterior, podemos apreciar que el 44% de los conflictos activos y latentes corresponden a casos donde hay necesidad de consulta previa y que involucran a los pueblos

indígenas en el Perú. Lo anterior nos muestra que respetando el derecho a la consulta se podría evitar el surgimiento de muchos conflictos sociales y resolver o mitigar otros tantos actualmente existentes en el país, con lo cual se contribuiría al desarrollo igualitario y equilibrado de la sociedad.

En este mismo ítem, quisiéramos hacer mención los trabajos de la Defensoría del Pueblo, quien a través de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, presenta Reporte de Conflictos Sociales, instrumento de monitoreo, cuyo objetivo es informar mensualmente acerca de los actores, los problemas y el desarrollo de los conflictos sociales registrados por la Defensoría del Pueblo a nivel nacional.

Conforme a la revisión de su último Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 161 – Julio 2017, es posible observar que los conflictos socioambientales ocuparon el 73,4% (130 casos) del total de conflictos registrados en el mes (177 casos). Le siguen los conflictos por asuntos de gobierno nacional, con 9,6% (17 casos) y los conflictos por asuntos de gobierno local con 6,2% cada uno (11 casos).

De los 130 conflictos socioambientales activos y latentes registrados durante el mes de julio de 2017, el 64,6% (84 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera; le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas con 13,1% (17 casos). A continuación el cuadro de distribución de conflictos socioambientales de acuerdo a actividad:

**Cuadro N.º 04: PERÚ: CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES, SEGÚN ACTIVIDAD, JULIO 2017 (Número de casos)**

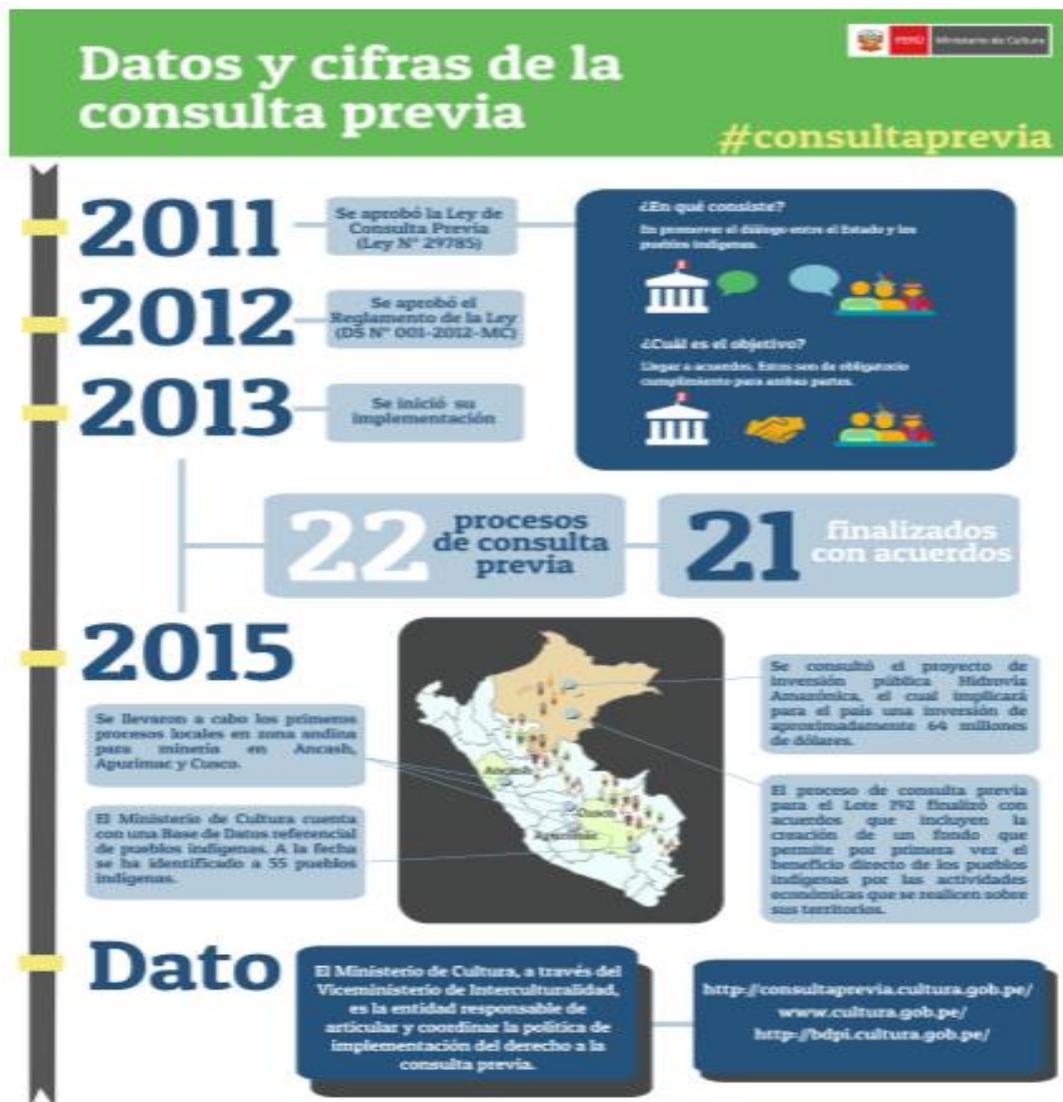
Actividad	N.º casos	%
<b>TOTAL</b>	130	100.0%
Minería	84	64,6%
Hidrocarburos	17	13,1%
Energía	12	9.2%
Otros	7	5,4%
Residuos y saneamiento	5	3.8%
Agroindustrial	3	2.3%
Forestales	2	1,5%

Fuente: Defensoría del Pueblo – SIMCO

## 5. Procesos de Consulta Previa.

Conforme a la información del Ministerio de Cultura, hasta la fecha, se han realizado 23 procesos de consulta previa en diferentes áreas, desde políticas de carácter nacional hasta proyectos de exploración minera, tanto en la zona andina como en la amazónica . Además Ministerio de Cultura señala que solo a partir de 2011, con la promulgación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, la implementación del Convenio adquirió relevancia como una política integral que permite garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que representan al menos el 15% de la población nacional . Precisa que han identifican 10 avances en su implementación desde el año 2013 hasta mayo del 2016.

Flujograma N° 04



Fuente: Ministerio de Cultura

Elaborado: Viceministerio de Interculturalidad al año 2015

En este sentido, tomamos en cuenta los informes del Viceministerio de Interculturalidad (VMI) como órgano técnico especializado en materia indígena del poder ejecutivo, quienes presenta los procesos de consulta previa que se viene realizando a nivel nacional por las entidades promotoras. Para el presente trabajo considerando nuestro interés abordaremos los procesos de consulta aplicados en el departamento de Ayacucho al año 2017.

**Cuadro N° 05**

Procesos de Consulta Previa en Ayacucho	
Consulta Previa para el Proyecto de explotación minera Apumayo	
Etapa :	1 2 3 4 5 6 7
Provincias :	Lucanas
Entidad Promotora :	Ministerio de Energía y Minas (MINEM).
Consulta Previa para Proyecto de exploración minera Apumayo	
Etapa :	1 2 3 4 5 6 7
Provincias :	Lucanas
Entidad Promotora :	Ministerio de Energía y Minas (MINEM).
Consulta Previa para Proyecto de explotación minera Puquiopata	
Etapa :	1 2 3 4 5 6 7
Provincias :	Parinacochas
Entidad Promotora :	Ministerio de Energía y Minas (MINEM).

Fuente: Ministerio de Cultura disponible en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>  
 Elaborado: Viceministerio de Interculturalidad (VMI)

### 5.1. Consulta Previa para el Proyecto de explotación minera Apumayo

El proyecto de explotación minera Apumayo propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 1905.81 hectáreas para el área efectiva de uso minero (tajo Ayahuanca, 01 botadero de desmonte, 01 botadero de top soil, 01 cantera e instalaciones auxiliares), ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas, Ayacucho.

La entidad promotora de este proceso de consulta es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Mediante Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, se autorizó a la Dirección

General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM, implementar los procesos de consulta previa.



### **Etapa 1: Identificación de la medida**

En este proceso de consulta previa, la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral aprobada por la Dirección General de Minería.

### **Etapa 2: Identificación de pueblos indígenas**

El Ministerio de Energía y Minas (MINEM) identificó como pueblos indígenas u originarios que podrían verse afectados por la medida identificada a la comunidad campesina de Para, asentada en el distrito de Chaviña, y a la comunidad campesina de Sancos, asentada en el distrito de Sancos, identificadas como parte de los pueblos quechuas, ambos en la provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho,.

### **Etapa 3: Reuniones Preparatorias y Publicidad**

El 16 y 18 de agosto de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de explotación minera Apumayo, entre el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y las comunidades campesinas de Para y Sancos. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en cada una de las comunidades entre el 17 y 19 de agosto de 2016.

**Etapa 4: Información**

El 24 de setiembre de 2016 se desarrolló un taller informativo en la comunidad campesina de Sancos. La comunidad campesina recibió información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, así como sobre las actividades de exploración del Proyecto de explotación Apumayo y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM).

Mediante Oficio N° 1851-2016-MEM-DGAAM, de fecha de recepción 09 de setiembre de 2016, el MINEM comunica al Ministerio de Cultura que la comunidad campesina de Para desiste de participar del proceso de consulta previa del Proyecto de exploración Apumayo y del proceso de consulta previa del Proyecto de explotación Apumayo.

**Etapa 5: Evaluación Interna**

La comunidad campesina de Sancos llevó a cabo su reunión de evaluación interna el 24 de setiembre de 2016. Como resultado de esta etapa, la comunidad campesina entregó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM), el acta de evaluación interna en la que se indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades del proyecto de explotación Apumayo. Asimismo, se manifestó que se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto.

**5.2. Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Apumayo**

El proyecto de exploración minera Apumayo propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 1084.75 hectáreas para el área efectiva de uso minero (102 plataformas de perforación), ubicado en el distrito de Chaviña, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho.

La entidad promotora de este proceso de consulta es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Mediante Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, se autorizó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, del MINEM, implementar los procesos de consulta previa.



### **Etapa 1: Identificación de la medida**

En este proceso de consulta previa, la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral aprobada por la Dirección General de Minería.

### **Etapa 2: Identificación de pueblos indígenas**

El Ministerio de Energía y Minas (MINEM) identificó como pueblos indígenas u originarios que podrían verse afectados por la medida identificada a la comunidad campesina de Para y a la comunidad campesina de Chaviña, asentadas en el distrito de Chaviña, en la provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho, identificadas como parte de los pueblos quechuas

### **Etapa 3: Reuniones Preparatorias y Publicidad**

El 17 y 18 de agosto de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Apumayo, entre el MINEM y las comunidades campesinas de Para y Chaviña.

La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en cada una de las comunidades entre el 18 y 19 de agosto de 2016.

Mediante Oficio N° 1851-2016-MEM-DGAAM, de fecha de recepción 09 de setiembre de 2016, el MINEM comunica al Ministerio de Cultura que la comunidad campesina de Para desiste de participar del proceso de consulta previa del Proyecto de exploración Apumayo y del proceso de consulta previa del Proyecto de explotación Apumayo.

#### **Etapa 4: Información**

El 22 de setiembre de 2016 se desarrolló un taller informativo en la comunidad campesina de Chaviña. La comunidad campesina recibió información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, así como sobre las actividades de exploración del Proyecto de exploración Apumayo y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM).

#### **Etapa 5: Evaluación Interna**

La comunidad campesina de Chaviña llevó a cabo su reunión de evaluación interna el 25 de setiembre de 2016. En este espacio analizaron los alcances e incidencias de la medida administrativa y la relación con sus derechos colectivos.

Como resultado de esta etapa, la comunidad campesina entregó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM), el acta de evaluación interna en las que se indicó estar en desacuerdo con el inicio de actividades del proyecto de exploración minera Apumayo. Asimismo, manifestaron que se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto y se brinde trabajo en el proyecto de exploración a los miembros de la comunidad.

#### **Etapa 6: Diálogo**

La reunión de diálogo entre los representantes del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y los representantes de la comunidad campesina de Chaviña, se realizó el 29 de setiembre de 2016, en la ciudad de Puquio.

En esta reunión de diálogo, la entidad promotora presentó la evaluación interna remitida por la comunidad campesina de Chaviña, dándose lectura general de sus propuestas y posteriormente las respuestas a cada una de ellas por parte de representantes de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM).

El diálogo realizado con los representantes acreditados de la comunidad campesina de Chaviña estableció la programación de una nueva reunión de diálogo intercultural el 25 de octubre de 2016, en la ciudad de Puquio.

En la segunda sesión de diálogo, los representantes de la comunidad campesina de Chaviña expresaron su desacuerdo con la medida administrativa consultada y solicitaron que el Estado en la decisión que adopte garantice sus derechos colectivos conforme a lo señalada en el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785).

Finalmente, se elaboró y firmó el Acta de Consulta del Proyecto de exploración Apumayo.

### **Etapas 7: Decisión**

La Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 10 de enero de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 0010-2017-MEM/DGM. Mediante esta resolución, se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de APUMAYO S.A.C., en el Proyecto Minero “Apumayo” (Primera Etapa 102 plataformas de perforación), ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas y departamento de Ayacucho.

La referida resolución, expresa que bajo los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia ausencia de coacción o condicionamiento al debido proceso, se ha informado adecuadamente a las comunidades, garantizando en todo momento que los derechos colectivos de las comunidades campesinas de Chaviña y Para serán protegidos; dando cumplimiento a la normatividad vigente (Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, D.S. N° 001-2012-MC).

La RD N° 0010-2017-MEM/DGM resuelve que se comunique esta resolución al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, a la Superintendencia de Fiscalización Laboral – SUBAFIL, al Ministerio de Cultura, a la comunidad campesina de Para y a la comunidad campesina de Chaviña.

### 5.3. Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Puquiopata

El proyecto de exploración minera Puquiopata propone el desarrollo de actividades mineras de exploración minera en una extensión de 645.9797 ha., ubicado en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho. Para la implementación de veinte (20) plataformas de perforación diamantina y la realización de un (01) sondaje de perforación diamantina por cada plataforma.

La entidad promotora de este proceso de consulta es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Mediante Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, se autorizó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, del MINEM, implementar los procesos de consulta previa.



#### **Etapa 1: Identificación de la medida**

En este proceso de consulta previa, la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral aprobada por la Dirección General de Minería.

#### **Etapa 2: Identificación de pueblos indígenas**

El Ministerio de Energía y Minas (MINEM) identificó como pueblo indígena u originario que podría verse afectado por la medida identificada a la comunidad campesina de Sauricay, asentada en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho, perteneciente a los pueblos quechuas.

**Etapa 3: Reuniones preparatorias y Publicidad**

El 27 de octubre de 2016 se realizó una reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera “Puquiopata”, entre el MINEM y la comunidad campesina de Sauricay. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa.

La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad campesina el 27 de octubre de 2016.

**Etapa 4: Información**

El 19 de diciembre de 2016, en la comunidad campesina de Sauricay – Anexo Sorani (distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho), se llevó a cabo un taller informativo en el marco del proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera “Puquiopata”, dando cumplimiento a la cuarta etapa del proceso de consulta previa, la etapa de Información.

Los especialistas del Ministerio de Energía y Minas expusieron a los comuneros de Sauricay aspectos concernientes al proyecto de exploración “Puquiopata”, tales como: el número de plataformas, la infraestructura auxiliar que demandará el proyecto (apertura de caminos, manejo de residuos sólidos), las medidas de contingencia, entre otros. Por su parte, el especialista del Ministerio de Cultura realizó una presentación sobre el derecho a la consulta previa y el proceso de la consulta.

El taller informativo fue un espacio propicio para que los comuneros de Sauricay formularan sus preguntas e inquietudes respecto al proyecto de exploración minera “Puquiopata” y el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

**Etapa 5: Evaluación Interna**

El 20 de diciembre de 2016, en la comunidad campesina de Sauricay – Anexo Sorani, se congregaron autoridades y comuneros para celebrar una Asamblea General Extraordinaria, con la finalidad de cumplir con la quinta etapa del proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera “Puquiopata”: la evaluación interna. Como resultado de esta reunión, las autoridades comunales hicieron entrega al Ministerio de Energía y Minas (entidad promotora del proceso) el acta de Asamblea General Extraordinaria, a través del cual los comuneros de

Sauricay manifestaron estar de acuerdo con que el Ministerio de Energía y Minas autorice el inicio de actividades exploración minera del proyecto “Puquiopata”, con 10 plataformas de perforación.

#### **Etapas 6: Diálogo**

La comunidad campesina de Sauricay señaló, según lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que el Acta de Asamblea General Extraordinaria (celebrada el 20 de diciembre de 2016) sea considerada como Acta de Consulta Previa.

## **CAPÍTULO IV: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ**

### **1. De los instrumentos normativos internacionales vigentes**

#### **1.1. El Convenio 169 OIT en el Perú**

Mediante la ratificación por parte del Congreso de la República, el Convenio 169 OIT ha sido incorporado en el derecho interno, por lo tanto sus disposiciones son exigibles ante los tribunales nacionales e internacionales.

#### **1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas**

Un instrumento internacional de observancia obligatoria en la interpretación del Convenio 169, como parte del bloque constitucional, complementando su aplicación a casos concretos, es decir la Declaración coadyuvará a una interpretación más eficaz del Convenio.

Para el caso del Perú, México y Guatemala, este instrumento internacional además los compromete ética y moralmente, al haber sido promotores para que se adopte esta declaración, conforme señaláramos anteriormente.

#### **1.3. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: efecto indirecto o irradiador**

El Sistema Interamericano incorpora a 35 Estados de la región latinoamericana de los cuales 25 se han sometido a la competencia de la Corte, entre ellos el Perú<sup>114</sup>. Ello permite la

---

<sup>114</sup> En fecha 28 de julio de 1978 el Perú suscribió la Convención Americana y el 21 de enero de 1981 aceptó la competencia contenciosa de la Corte.

posibilidad de acudir a una vía supra nacional a fin de lograr el respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José).

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas también ha sido desarrollado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo por ello importante mencionar el carácter que tienen tales sentencias para el ordenamiento peruano.

Es importante tener en cuenta que los mecanismos internacionales son complementarios y supletorios a los nacionales, por lo que deberán agotarse las vías judiciales internas de reclamación por el derecho vulnerado antes de acudir al Sistema Interamericano, salvo algunas excepciones previstas en el artículo 46 literal 2 del Pacto de San José. Asimismo, sólo la Comisión y los Estados partes tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (art. 61).

Entre los casos sobre derechos de los pueblos indígenas que se han sometido a decisión de la Corte tenemos:

1. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. Serie C No 79.
2. Comunidad Moiwana vs. Suriname. 15 de junio de 2005. Serie C No 124.
3. Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. 17 de junio de 2005. Serie C No 125.
4. Yatama vs. Nicaragua. 23 de junio de 2005. Serie C No 127.
5. López Álvarez vs. Honduras. 1 de febrero de 2006. Serie C No 141.
6. Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006. Serie C No 146.
7. Escué Zapata vs. Colombia. 4 de julio de 2007. Serie C No 165.
8. Pueblo Saramaka vs. Suriname. 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172.
9. Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008. Serie C No 190.

Los derechos vulnerados en estos casos fueron:

1. Propiedad comunitaria (art. 21);
2. Participación política (art. 23);
3. Identidad Cultural (art. 5); y,
4. Garantías judiciales (art. 8).

De las sentencias mencionadas, se puede anotar que ninguna está referida a un caso contra el Estado peruano, sin embargo los fundamentos jurídicos expresados son de observancia obligatoria.

Así, las sentencias de la Corte son de aplicación directa e inmediata para el Estado sancionado y de modo indirecto lo es también para los demás Estados que se encuentran sometidos a la competencia de la Corte. A esa consecuencia se le conoce como el efecto indirecto o irradiador de las sentencias de la Corte<sup>115</sup>, pues sería absurdo que la Corte condene a un Estado por realizar una determinada conducta y permita a otro Estado realizarla impunemente. Tal efecto irradiador implica que los Estados deberán modificar su normativa legal, administrativa y jurisprudencial, aun cuando no hayan sido condenados a fin de armonizar un estándar mínimo de protección y garantía de los derechos humanos en el Sistema Interamericano<sup>116</sup>.

Además, de lo mencionado, nuestro sistema jurídico nacional recoge en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que en la interpretación del contenido y alcance de los derechos constitucionales se deberá tener en cuenta las sentencias de la Corte. Por lo expresado, podemos concluir que las sentencias de la Corte son de observancia obligatoria para el Estado peruano.

## **2. Marco jurídico nacional vigente**

### **2.1. Constitución Política del Perú.**

Si bien es cierto que la Constitución Política del Perú, no consagra literalmente el derecho a la consulta previa, sin embargo la constitución otorga cobertura constitucional directa al derecho a la consulta de los pueblos indígenas a través de lo establecido en los artículos 3º, 55º y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. El artículo 3º tiene un significado inclusivo sobre los demás derechos garantizados, el 55º incorpora al derecho nacional a los tratados celebrados por el Estado y que estén en vigor. La Cuarta Disposición establece expresamente que las normas relativas a los derechos y a las libertades

---

<sup>115</sup> REMOTTI C. José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. 1ª ed. Lima: Editorial Moreno; 2004. p. 291-292.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 292.

reconocidas por la Constitución, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hayan sido ratificados.

El contenido de estos dos artículos y la Cuarta Disposición, nos hace sostener que al existir instrumentos internacionales, que han sido firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad a través de lo dispuesto en nuestra Constitución, existe cobertura constitucional directa para el derecho a la consulta.

Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 constitucional.

## **2.2. Desarrollo Jurisprudencial del derecho a la consulta previa por el Tribunal Constitucional**

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias. Nos referimos a las recaídas en los expedientes N° 03343-2007-AA, 00022-2009-AI, 00023-2009-AI, 05427-2009- AC, 06316-2008-AA, 06316-2008-AA y 00025-2009-AI. Esto ha ocurrido ante la falta de interés y de voluntad del poder político por dotar a los pueblos indígenas de una ley de consulta. Hay que hacer notar que esto lo ha hecho el TC, luego de aproximadamente 16 años de entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y luego que el Poder Ejecutivo observó la autógrafa aprobada por el Congreso el 19 de mayo del año 2010.

Ciertamente, no nos encontramos ante pronunciamientos aislados del TC, sino más bien de un conjunto de sentencias donde, a pesar de los retrocesos, se puede identificar reglas jurídicas de cumplimiento obligatorio para los poderes públicos. La consecuencia es que hoy se cuenta además con un marco normativo de naturaleza jurisprudencial, que posibilita una mejor implementación y la realización de los procesos de consulta en nuestro país.

**2.2.1. El primer antecedente: La sentencia Exp. N° 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera).** En esta sentencia, el TC señala que el Convenio 169 forma parte del derecho interno peruano y tiene rango constitucional. Esto, con base en que la Constitución Política

del Perú establece que todos los tratados que se suscriban en materia de derechos humanos tienen rango constitucional. De esta forma, toda interpretación que realice el TC sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales debe hacerse a la luz de las declaraciones de derechos humanos, los tratados internacionales de derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según los tratados ratificados por el Perú<sup>117</sup>.

La sentencia del TC en sus fundamentos 34 y 35 afirma 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”.

Lo que hace la sentencia del TC es explicitar algo que ya estaba claro en la doctrina, y es que el Convenio 169 no solo es una norma jurídica (parte del sistema de fuentes del derecho peruano), sino que tienen rango constitucional. Eso no quiere decir que la sentencia no sea importante, por el contrario, que el máximo y supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo diga, ayuda y contribuye a zanjar el tema, confirmando su plena fuerza normativa.

**2.2.2. El desarrollo de la consulta por el TC: La sentencia Exp. N° 00022-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama I)** En esta sentencia nos detendremos de manera especial, pues es la que diseña el contenido constitucional fundamental del derecho a la consulta. Las otras sentencias son complementarias, sin lugar a dudas. Algunas más que otras pero solo complementan<sup>118</sup>.

**A) Reconocimiento de la fuerza normativa moral y persuasiva de la DNUDPI.** El TC reconoce que: “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

---

<sup>117</sup> FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú. 1ª ed. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal; 2010. p. 52 -54

<sup>118</sup> MOLLEDA L. Juan Carlos, RUIZ A. Luis Andres. *Manual de herramientas legales para operadores de sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. 1ª ed. Lima: Justicia Viva – IDL; 2011. p. 95 -107.

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” (f.j. 8).

- B) Reiteración del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de su función normativa e interpretativa.** Sin embargo, lo más importante es la reiteración del reconocimiento, en primer lugar, del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, cosa que ya se había hecho antes en la sentencia 03343-2007-PA/TC (f.j. 31), como muy bien lo señala el TC. Lo otro destacable, es el reconocimiento de la doble función de este convenio en relación con las cláusulas constitucionales: la función normativa, como límite material y la función interpretativa, en la medida en que viene a complementar, completar y rellenar el contenido constitucional de los derechos protegidos.
- C) Inaplicabilidad de norma que contradiga el Convenio 169 de la OIT.** El TC afirma de forma categórica que: “sin lugar a dudas que la normativa del Convenio 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” (f.j. 10).
- D) Reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del Convenio 169 aun cuando no haya sido reglamentada.** Uno de los aportes principales del TC, se encuentra en lo referido a la fuerza normativa inmediata y directa de los derechos fundamentales que no han sido desarrollados legislativamente. En efecto, el TC precisa que: “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” (f.j. 12).

Añade que: “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 derechos fundamentales a un sector de la sociedad” (f.j.12). Finalmente, precisa de forma contundente que: “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” (f.j. 13).

**E) Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT.** Si bien lo dice en la parte de las etapas del proceso de consulta de la sentencia materia de análisis, es necesario destacarlo. En efecto, en el f.j. 41 de la sentencia el TC reconoce algo que es capital: “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” (f.j. 41).

Esto es muy importante al momento de analizar la situación jurídica de las medidas administrativas emitidas, como las concesiones mineras, materia de la presente investigación, luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultadas y que actualmente violan derechos de las comunidades campesinas y nativas. Como podemos ver, el problema no es la aplicación retroactiva del convenio 169 de la OIT, como sugería la segunda disposición final de la autógrafa de la ley de consulta aprobada por el Congreso. Se trata del sistemático incumplimiento del derecho a la consulta, violación que es continuada toda vez que los efectos de estas violaciones aún se manifiestan y surten efectos en el presente. El TC ha tratado de retroceder en este punto como veremos más adelante, pero lo ha hecho en forma irregular, en una resolución irregular y, en consecuencia, nula, situación que acaba de ser corregida por el propio TC en un último fallo.

**F) La diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho al veto.** En palabras del TC el derecho a la consulta: “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” (f.j. 24). Más adelante añade que: “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” (f.j. 25).

En esta parte la crítica que queremos hacerle al TC es que no dice nada sobre las excepciones a la regla de la no vinculatoriedad de las decisiones de los pueblos indígenas; es decir, la inexistencia del derecho al veto, cuando está en juego la subsistencia de determinado pueblo indígena tal como ya lo vimos.

- G) La determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta.** Otro de los aportes de esta sentencia, es cuando establece que 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” (f.j. 37). Añade que 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. Esto tiene relación con el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, que señala en forma clara que no proceden los procesos constitucionales cuando: “Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.
- H) La regla aplicada en el caso concreto: la inaplicación de la norma cuestionada a los pueblos indígenas por no haber sido consultada.** Finalmente, el TC opta por una sentencia interpretativa donde concluye que en la medida en que el decreto legislativo cuestionado excluye de su aplicación explícitamente a los pueblos indígenas en el reglamento de aplicación del decreto legislativo cuestionado, no era exigible la consulta. En efecto, el TC precisa que: “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” (f.j. 56). En otras palabras, añade el TC que: “la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta” (f.j. 56).

La conclusión final del TC es que: “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.º 1089” (f.j. 58).

### **2.2.3. El primer retroceso: La sentencia Exp. N° 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep I)<sup>119</sup>.**

En esta sentencia el TC se pronuncia por tercera vez sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en nuestra opinión, constituye un retroceso del anterior pronunciamiento de este alto tribunal (Exp. N° 00022-2009.PI/TC). Se trata de una resolución controvertida, pues en ella, el TC declaró improcedente la demanda presentada por la AIDSESEP a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o no contactados con argumentos poco jurídicos. Sin embargo, lo positivo de esta sentencia es cuando el TC sostiene (en realidad), como doctrina jurisprudencial, que los actos administrativos no consultados posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169, son inconstitucionales.

**A) Los actos administrativos inconsultos expedidos luego de la ratificación del Convenio 169 de la OIT son inconstitucionales.** Así, el TC considera que: “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” (F.J. 27. En realidad, la inaplicabilidad de norma que contradiga el Convenio 169 de la OIT, ya

<sup>119</sup> HUERTA G. Luis Alberto. *Proceso de amparo y derecho de consulta previa a los pueblos indígenas*. Blogs del Profesor Luis Alberto Huerta Guerrero [Internet]. Lima: [consulta 15 junio 213]. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/104858/proceso-de-amparo-y-derecho-de-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas>

había sido señalada en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el exp. N° 00022-2009-PI<sup>120</sup>.

- B) El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995.** El segundo elemento positivo es que, para el TC, no se trata de aplicar el Convenio 169 de la OIT y la ley de consulta pendiente por esas fechas de ser aprobada por el pleno del Congreso en forma retroactiva, sino que el derecho a la consulta está vigente desde 1995. Como señala el TC: “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” (Fj. 23).
- C) El TC solo protege la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas y no de los pueblos indígenas.** En primer cuestionamiento a esta sentencia es la desprotección de la buena fe y de la seguridad jurídica de los pueblos indígenas. En efecto, el TC establece que: “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” (f.j. 27). Como muy bien lo ha hecho notar Bartolomé Clavero en declaraciones, en su visita al Perú en el año 2010: resulta incomprensible que solo se proteja la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas, y se deje de lado la buena fe y la seguridad jurídica de los pueblos indígenas. Tal parece que los pueblos indígenas no tienen buena fe y seguridad jurídica.
- D) Los derechos fundamentales se respetan en forma plena no gradualmente.** El segundo aspecto cuestionable es la «gradualidad» del respeto del derecho a la consulta. Los derechos constitucionales, y en el caso concreto el derecho a la participación, que es el que le da cobertura al derecho a la consulta (según tiene dicho el TC), se cumplen o no se cumplen: no se cumplen a medias, de forma gradual. No obstante para el TC: “el derecho de consulta debe ser en este caso

---

<sup>120</sup> El TC afirma de forma categórica que «sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.º 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» (f.j. 10).

puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes” (f.j. 30).

**E) La consulta previa es responsabilidad del Estado no de las empresas.** Un tercer aspecto crítico, como muy bien lo ha señalado Luis Huerta<sup>121</sup>, es que parecería que la consulta previa estuviera en manos de las empresas, cuando en realidad está a cargo del Estado. Hay, sobre este punto, absoluto consenso entre expertos y en la doctrina. Así precisa el TC: “Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas” (F.J. 30). Felizmente, este aspecto fue rectificado por el propio TC en la resolución aclaratoria.

**F) El TC tenía otras opciones interpretativas.** Finalmente, un quinto cuestionamiento es la opción interpretativa del TC, claramente a favor de las empresas y de espaldas a los pueblos indígenas. No se trata de una solución indefectible, había otras posibilidades de interpretación y de ponderación, y fueron ignoradas por nuestro TC. En efecto, la prestigiosa Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° Sentencia T-769/09, que es un proceso donde se discute la validez de una concesión minera expedida sin ser consultada a los pueblos indígenas, decidió suspender la concesión hasta que se realice la consulta previa. Así, dejó de lado cualquier consideración sobre la buena fe y la seguridad jurídica.

#### **2.2.4. La fuerza normativa de las cláusulas de rango constitucional del Convenio 169 de la OIT: La sentencia Exp. N° 05427-2009-/TC (Caso Aidesep II)**

Se trata de una sentencia sumamente interesante desde nuestro punto de vista, que desarrolla, fundamentalmente, tres puntos. El primero, en continuidad con la sentencia Cordillera Escalera y con la sentencia recaída en el Exp. 00022-2009-PI, es reafirmar la fuerza normativa de las normas con rango constitucional, principalmente, su aplicación inmediata y directa, incluso a pesar de que esta no haya sido desarrollada legislativamente.

El otro tema importante es la creación de un nuevo supuesto de los procesos de cumplimiento, para aquellos casos en los que se demanda el cumplimiento. No de una norma

---

<sup>121</sup> Huerta G. Luis. Ob. cit.

legal o un acto administrativo como está previsto en el Código Procesal Constitucional, sino de una norma de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT.

**2..2.5. El segundo retroceso: la sentencia Exp. N° 00023-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama II)**<sup>122</sup>. Así como ha habido buenas sentencias las ha habido malas. Éstas solo han significado un retroceso en el desarrollo jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas. Una de ellas es precisamente la recaída en el Exp. N° 00023- 2009-PI. El TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5,000.00 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1079 (esta última norma establecía medidas que garantizaban el patrimonio de las áreas naturales protegidas). Como se recordará, dicha norma fue emitida por el gobierno en el marco de la delegación de facultades legislativas, otorgada por el Congreso para implementar el TLC con USA.

Los demandantes argumentaron que, sin entrar al fondo del contenido de la norma, este decreto legislativo fue legislado y promulgado sin hacer ninguna consulta a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la OIT. Explican también, que con ello se afectan diferentes derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Entre los que destacan: el derecho a la consulta y el derecho colectivo al territorio ancestral (establecido en los artículos 6, 15, 17 del mencionado Convenio). Tenemos varios cuestionamientos a estas sentencias; sin embargo, comenzaremos por el aspecto positivo.

**A) Toda norma no consultada es nula.** El TC reconoce que una norma susceptible de afectar a los pueblos indígenas que no ha sido consultada, es una norma nula. Según el TC: “Si se determina tal afectación sería exigible el derecho de consulta, con lo que la norma tendría que ser declarada inconstitucional, de lo contrario” (f.j. 5). Si bien esto lo señaló en sentencias anteriores, la reiteración refuerza el carácter vinculante de esta regla. Como se recordará, no se trata de un pronunciamiento aislado, sino de la reiteración de pronunciamientos anteriores. Esto guarda relación con lo señalado en el artículo 46 de la Constitución, que precisa: “Nadie debe obediencia [...] a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes”. Añade la Carta Política que: “Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”.

---

<sup>122</sup> MOLLEDA L. Juan Carlos, RUIZ A. Luis Andres. Ob. cit., pp.117-120.

**B) Necesidad de ponderar los bienes jurídicos constitucionales en tensión.** Tal como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales en general –donde se incluye a los derechos de los pueblos indígenas–, están recogidos en normas que tienen una estructura de principios.

Lo que hace esta sentencia es reconocer la necesidad de recurrir a la técnica de la ponderación. Como señala el TC en el fundamento 9 de la sentencia materia de análisis: “sin perjuicio de lo expuesto, cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado”.

Resulta importante este reconocimiento que se hace en el fundamento 8 de la sentencia, pues ésta es la forma como deberán reconducirse y resolverse los conflictos en este tipo de casos en la sede constitucional. Dado que, en ellos, existe una tensión entre los derechos de los pueblos indígenas, las normas y los bienes jurídicos constitucionales referidos a la protección del medio ambiente, de un lado; y de otro lado, el derecho a la industria y a la libertad de contratar. Ello exigirá a los jueces, y en general a los operadores del sistema de justicia, armonizar y compatibilizar los derechos y los bienes jurídicos involucrados.

**C) Si bien el DL N° 1079 es una norma general, sí afecta directamente a los pueblos indígenas.** Las críticas a la sentencias son varias, y la primera tiene que ver con el argumento central. Es decir, si este decreto legislativo afecta directamente a los pueblos indígenas, tal como lo exige el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. El TC desestima la demanda porque considera que “las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas” (f.j. 6).

**D) La omisión y desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al territorio y a los recursos naturales.** Una segunda crítica es la omisión en la sentencia al derecho de los pueblos indígenas al territorio reconocido en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y el derecho de los pueblos indígenas a los

recursos naturales (reconocido en el artículo 15 del mismo cuerpo normativo). Estos derechos son relevantes, pues será con ellos que deberá ponderarse la norma que establece que el Estado peruano es dueño de los recursos del subsuelo. En efecto, el Convenio 169 establece como principio básico, que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales pertenecientes a sus tierras y derecho a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos. Incluso llega a decir –en el artículo 15– que estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Una consecuencia del derecho de estos pueblos a usar sus territorios de acuerdo a sus costumbres, es el derecho a usar sus recursos naturales. Según la Corte IDH, los integrantes de los pueblos indígenas son titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, porque ellos son necesarios para la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos<sup>123</sup>. Ciertamente, no todos los recursos naturales serán siempre propiedad de los pueblos indígenas, sino solo los que les sirvan para su supervivencia. Esto va a permitir que el Estado pueda otorgar concesiones –de exploración y explotación de recursos– ubicadas en territorios de pueblos indígenas, siempre que no sean necesarios para su subsistencia. En otras palabras, si bien el Estado es el titular de la propiedad sobre los recursos naturales, este derecho deberá ser ponderado con los dos derechos antes mencionados. Todos estos argumentos nos hacen tomar distancia de la sentencia del TC.

**2.2.6. El tercer y más grave retroceso: la resolución aclaratoria de la sentencia Exp. N° 06316-2008-PA/TC (Aidesep II)<sup>124</sup>.** Se trata de la resolución recaída en el expediente N° 06316-2008-AA, Aclaración<sup>125</sup>. Es expedida en el marco de un recurso de aclaración presentado por AIDSESEP. Lo grave y escandaloso de esta resolución es lo que ella señala en el punto 2 de la parte resolutive: “Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal

---

<sup>123</sup> Ver sentencias de la Corte IDH en los casos Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, p. 137; Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, p. 118; Pueblo Saramaka vs. Suriname, p. 120.

<sup>124</sup> **RUIZ M. Juan Carlos.** *Cuando el activismo judicial se convierte en autoritarismo judicial. Tribunal Constitucional deja en la indefensión el derecho a la consulta.* En: *Gaceta Constitucional Tomo 35. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional.* Lima: Gaceta Jurídica; noviembre de 2010. pp. 257-264.

<sup>125</sup> Resolución del Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html>.

pronunciamiento”. En otras palabras, lo que dice es que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, solo es exigible desde el 9 de junio de 2010 –fecha en que se expide la sentencia 0022-2009-PI/TC–, y ya no desde el año 1995 como lo dijo inicialmente en otras sentencias.

Estamos ante una resolución incompatible con los principios constitucionales, con su propia jurisprudencia, con la jurisprudencia de la Corte IDH, y con el propio Código Procesal Constitucional, etc., como a continuación veremos. La razón política de este retroceso es clara: blindar y poner un candado para que los actos administrativos y normativos –expedidos luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultados–, no puedan ser revisados ni ser objeto de control constitucional. El fundamento de este pronunciamiento está, según el propio TC, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que realizan industrias extractivas.

**2.2.7. Nueva sentencia del TC 00025-2009-PI. Rectifica anterior fallo**<sup>126</sup>. La última sentencia, en materia de derecho a la consulta en ser expedida, ha sido la recaída en el Exp. N° 00025-2009-PI<sup>127</sup>. Se trata de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y 8.099 ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Los demandantes alegan 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 OIT. La demanda fue declarada infundada por el TC. Se trata de una sentencia que en lo sustancial reitera el argumento de la sentencia recaída en el exp. N° 00023-2009-PI. Si bien esta sentencia rectifica un pronunciamiento anterior, referido al inicio de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, introduce subrepticamente dos reglas que pueden ser discutibles.

**¿Desde cuándo tiene vigencia el Convenio 169 de la OIT?**. Esta es quizá la parte más interesante de la sentencia, pues el TC rectifica un grave pronunciamiento anterior donde sostuvo que la consulta era exigible desde junio de 2010 y no desde el año 1995. En efecto, como ya vimos en la resolución recaída en el expediente N° 06316-2008-AA Aclaración, expedida en el marco de un recurso de aclaración presentado por AIDSESEP, el TC señala en

---

<sup>126</sup> RUIZ M. Juan Carlos. *Nueva sentencia del TC sobre derecho a la consulta: un paso adelante, dos atrás*. Blog de Juan Carlos Ruiz Molleda [Consultado el día 22 de agosto 2012]. Disponible en: <http://jruizmolleda.blogspot.pe/2011/03/nueva-sentencia-del-tc-sobre-derecho-la.html>

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00025-2009-PI. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>.

el segundo punto del fallo: “Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022- 2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento”.

Rectificando este pronunciamiento, el TC señala, en el fundamento 23 de la sentencia materia de comentario, que el Convenio 169 de la OIT es vigente desde el año 1995 en los siguientes términos: “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 2 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 2 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

### **3. La Ley de Consulta Previa y su Respectivo Reglamento**

#### **3.1. Derecho a la Consulta en la Ley N ° 29785**

La Ley de Consulta Previa emitida en el Perú es uno de los pocos casos a nivel regional donde existe una ley general que regula este derecho, no obstante, su revisión puede demostrarnos que contradice la naturaleza autoaplicativa del Convenio 169 de la OIT, reconocida en todos los países que han implementado el mencionado instrumento y que directamente fueron a reglamentar la consulta previa en los diferentes sectores productivos. Por ello es válido hacernos la pregunta ¿necesitábamos una Ley de Consulta Previa, para implementar este derecho indígena derivado de un tratado autoaplicativo? La respuesta jurídica es que no, pero políticamente sí la necesitábamos, pues existía una resistencia muy grande de parte de inversionistas, organismos públicos del Poder Ejecutivo, y un sector importante de las fuerzas políticas del Parlamento. Ciertamente, la resistencia a la implementación de la Ley de Consulta Previa en el sector empresarial minero ha sido por largo tiempo furtiva, sin embargo hace poco la confrontación se hizo abierta cuando el empresario Roque Benavides, Presidente Ejecutivo de la compañía Buenaventura, en septiembre del 2011, reabrió la polémica sobre la consulta previa a las comunidades campesinas, para quien los comuneros no son dueños de las tierras ni de los recursos que

existen en ellas, en una abierta intención de desconocer la propiedad comunal y los procesos históricos del país, manifestó que: “Acá se da por hecho que las comunidades han existido toda la vida, pero las comunidades son hechas en el gobierno de Velasco, no existían las comunidades, no existían. Digamos las cosas con la verdad, yo sé que puedo sonar confrontacional, pero no digo mentiras, esa es una realidad”, señaló ante los asistentes de la 30° Convención Minera, Perumin.

Así, la Ley de Consulta Previa se hacía necesaria para forzar el cumplimiento de este derecho y despejar los perjuicios, temores, miedos y desconfianza que sentían determinados sectores de nuestra sociedad. Sin embargo, en la propia Ley pugnan dos fuerzas, dos sentimientos encontrados, la que siente que el Convenio 169 de la OIT, estuvo vigente desde el 02 de febrero de 1995, y la que piensa que este derecho formalmente nace a partir de la vigencia de esta Ley (2011), lamentablemente en esta pugna vence políticamente la última posición, que impide la provisiones de adecuaciones y revisiones de medidas, y hace de cuenta que el derecho de consulta previa, corre a partir de la vigencia de esta nueva ley. Pese a todo, esta norma tiene la virtud, de haber sido una de esas pocas normas, que se aprueban por unanimidad en el Pleno del Congreso, pero este consenso, ha tenido un alto costo, pues la norma presenta importantes limitaciones, que impiden en principio garantizar un proceso de consulta previa auténtico, genuino y de avanzada, como veremos más adelante, lo que no es casual.

Bajo este contexto es importante analizar algunos de los artículos más importantes de la presente ley de consulta previa, que a continuación se describe<sup>128</sup>:

**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 N° 26253.*

---

<sup>128</sup> **RUIZ M.** Juan Carlos. *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, Una mirada constitucional.* 1ª ed. Lima: Justicia Viva – IDL; 2011, p. 321 al 370; así como de **PINTO** Vladimir, **RIVERO** Ramón. *La consulta previa: Desarrollo normativo Internacional y Comparado y su Aplicación en el Perú.* 1ª ed. Lima: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional); 2012. p. 95 al 107.

**Análisis del artículo**

Se trata de una norma general que presenta el objetivo de la ley y plantea las fuentes normativas que permitirán interpretar el contenido de las diferentes disposiciones. Varias reglas se pueden desprender de este artículo. La primera es que las normas de rango legal y reglamentario deben ser interpretadas de conformidad con las normas de rango constitucional.

En efecto, el ordenamiento jurídico debe ajustarse al Convenio 169 de la OIT. La validez de cada disposición de esta ley estará en función que se ajuste y que no desnaturalice el Convenio 169 de la OIT, de lo contrario, la disposición o norma de esta ley que la contradiga tendrá un problema de validez material. En otras palabras tendrá un vicio de nulidad de conformidad con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución. Asimismo, si bien toda norma que reglamenta una ley debe ajustarse y no desnaturalizar esta, ello solo será en la medida en que la ley a su vez no contravenga o incumpla norma de rango constitucional. La norma reglamentaria también debe respetar las normas de rango constitucional de conformidad con el artículo 51 y el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución. En caso de contradicción entre las normas del Convenio y las de rango legal o reglamentario, prevalecerán las del Convenio 169 de la OIT en atención a su jerarquía jurídica, resultando nulas las de inferior jerarquía.

Nuestra principal crítica es que no se reconoce que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta realizado por el TC y por la Corte IDH es también fuente de derecho.

Quizá debió agregarse en el texto de la ley, que se interpreta de conformidad con el Convenio 169 de la OIT “y su desarrollo jurisprudencial por los órganos jurisdiccionales competentes”.

Habrà que interpretar que cuando se hace referencia al carácter vinculante del Convenio, también se hace tácitamente referencia a la interpretación de este Convenio por el TC y la Corte IDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se “adhiera” a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, es necesario precisar que el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene solo “fuerza interpretativa”, como parece asignársele al Convenio 169 de la OIT y al

DIDH, sino que tiene “fuerza normativa”. Lo primero implica que el DIDH será utilizado para precisar el contenido de cada uno de los derechos fundamentales, para rellenar los vacíos y las lagunas, lo segundo implica que el Convenio 169 de la OIT y el resto del DIDH constituyen verdaderos parámetros de validez de las normas de inferior jerarquía.

**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.*

### **Análisis del artículo**

Es quizá una de las normas centrales de la ley en la medida en que precisa el contenido del derecho a la consulta. Sin embargo lamentablemente, el legislador enfatiza que el tipo de afectaciones, sea sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, distinguiendo y limitando la consulta a estos tópicos. El Convenio 169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues no establece dichos criterios, y posibilita la consulta en general a todas aquellas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, y ello no es solamente, derechos colectivos en estricto, sino derechos individuales de sus miembros, tales como sus derechos civiles, sociales o económicos que le atañen a los miembros de las poblaciones indígenas.

Pero aún más, llama la atención, la omisión de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, cuyo régimen especial, de intangibilidad, requerían un pronunciamiento expreso del TC, como criterio orientador para su protección, además de ser excluidos de la consulta previa por obvias razones, como ocurre en Colombia y protegidos por Ecuador en su propia Constitución.

La Ley de Consulta Previa, acierta, cuando señala que “también corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”. Por otra parte, que la Ley, señale de manera expresa que es obligación del Estado realizar la consulta, despeja cualquier duda, o mala interpretación, con relación a quien le es obligatorio realizar la citada consulta.

**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.*

### **Análisis del artículo**

La norma recoge lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, objetivamente introduce una precisión, y es la referencia a que el proceso de diálogo busca proteger los derechos colectivos. Tal como ya lo dijimos, esta restricción puede ser peligrosa pues el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la DNUDPI no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. De otro lado, el artículo plantea dos escenarios. Uno es que los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado. El otro escenario es en el que el Estado y los pueblos indígenas, luego de un intenso y prolongado diálogo se ponen de acuerdo, lo cual implica múltiples concesiones mutuas. Consideramos que este segundo escenario será en nuestra opinión el más recurrente en la realidad, razón por el cual hace bien la ley en recogerlos.

Un aspecto discutible en esta norma es que no reconoce la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, algunos podrán decir con razón que si está reconocido, cuando la disposición hace referencia al consentimiento. Discrepamos con esa posición, 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. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá de lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar.

**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.*

### **Análisis del artículo**

Los pueblos indígenas entendidos como una estructura social con su propia organización política, administrativa y cultural, con un legado histórico, constituyen per se un nuevo sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico peruano, distinto a las personas jurídicas llamadas comunidades nativas o comunidades campesinas, o asociaciones o federaciones de organizaciones indígenas, que a diferencia de las anteriores no requieren inscripción en un Registro Público para que tengan existencia, y sí lo están es con fines meramente informativos y declarativos no constitutivos. Así, cuando el artículo 5º de la Ley de Consulta Previa, establece que “los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios ...”, se refieren a este nuevo sujeto de derecho.

Ademas la Ley de Consulta Previa, establece que para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Hasta allí todo bien. Sin embargo, los problemas vienen luego cuando se señala algunos absurdos criterios objetivos y se aligera al mínimo el criterio subjetivo, veamos:

### **Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.**

La Ley extrema el tema de descendencia al exigir que sea directa, y mientras el Convenio 169 de la OIT, sólo exige descender de poblaciones originarias. Ello nos trae el inconveniente de la probanza de descendencia directa, y podría estar excluyendo a las poblaciones indígenas, que sean visto forzadas al mestizaje producto de la conquista. En todo caso, una interpretación coherente con nuestros compromisos internacionales nos llevará a reconocer a las poblaciones indígenas, tanto de descendencia directa como indirecta producto del mestizaje.

**Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.** Estilos de vida debe ser entendido no de manera absoluta, debido a que el sincretismo cultural, puede haber traído consigo que muchos pueblos indígenas adopten algunos estilos de vida occidentales, sin por ello haber perdido su

identidad cultural. Por otra parte, el vínculo espiritual e histórico con el territorio, si es un acierto, pues la mayoría de pueblos indígenas en el Perú, tienen una conexión espiritual con su territorio.

**Instituciones sociales y costumbres propias.** Aunque este criterio se desprende del propio Convenio 169 de la OIT, las costumbres propias no debería entenderse en forma absoluta, en un país donde el sincretismos cultural y religioso, producto de los procesos de conquista y colonización han sido constantes, y recordando que el Convenio dice se conserve total o parcialmente la cultura del pueblo indígena, sin embargo la Ley de Consulta Previa, omite esta aclaración que es importante.

**Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.** Si uno revisa este artículo y lo confronta con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT puede concluir que estamos ante una desnaturalización de los criterios para identificar a los pueblos indígenas, olvidando remarcar la importancia y rol dirimente del criterio subjetivo. Empero, si constituye un acierto que la Ley de Consulta establezca que “las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos” con un ánimo de otorgar la mayor protección posible a los pueblos indígenas, muchos de los cuales están fragmentados en varias comunidades campesinas o nativas producto de algunos errores de la reforma agraria del siglo pasado.

**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.*

### **Análisis del artículo**

No resulta muy feliz, por decirlo menos, ni digno de felicitación, que la propia entidad estatal interesada en aprobar la medida objeto de consulta sea quien identifique los pueblos indígenas afectado, especialmente teniendo en cuenta que es directamente interesada en el resultado del proceso y que no cuenta con unidades especializadas en pueblos indígenas a la

fecha, pero si se quiere llevar adelante, con todo, lo dispuesto por la Ley, implicará, guste o no, la creación de una unidad de asuntos indígenas por cada entidad.

**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.*

### **Análisis del artículo**

Este artículo constituye el núcleo de la ley de consulta y es posiblemente una de las normas que debe ser leída con más cuidado y detenimiento. Varios mandatos contiene esta disposición. La primera es que la decisión final en el proceso de consulta del Estado, y en concreto de la denominada entidad estatal competente. Un segundo mandato es que la decisión debe estar motivada, es decir debe estar sustentada en razones objetivas y como luego veremos, orientada al interés público. Un tercer mandato, es tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas, es decir las recomendaciones y sugerencias planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de consulta. Un cuarto mandato es tomar en cuenta “el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano”. Esta regla es clave y aborda y nos remite a la dimensión sustantiva del derecho a la consulta, es decir, el derecho a la consulta sirve para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado contenido en el artículo 2.22 de la Constitución.

Otro mandato contenido es el que establece el carácter obligatorio de los acuerdos a que se arribe en el proceso de consulta.

Un mandato de particular importancia es que señala que en caso que no haya 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.” Como luego lo explicaremos más en detalle, el Estado en caso que no haya acuerdo, no tiene un poder ilimitado y absoluto, cualquier decisión que tome solo será válida en tanto no afecte bienes jurídicos constitucionales. Y no solamente nos referimos a los contemplados en el artículo 59 de la Constitución.

Una última regla se establece: Que los acuerdos podrán ser exigidos en sede judicial y administrativa. En nuestra opinión, la vía más idónea, aún cuando no es la única, es el proceso de amparo, toda vez que de conformidad con la sentencia 00022-2009-PI/TC, constituye un elemento del contenido constitucional directo el cumplimiento de los acuerdos obtenidos en los procesos de consulta. Como dice el fundamento 37 de la mencionada sentencia “la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la 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.

### **Análisis del artículo**

El artículo 17 reitera una vez más que le corresponde al Estado y en concreto al sector del Estado que prevé adoptar la medida, realizar el proceso de consulta. El problema con esta disposición es que se encarga a la entidad estatal interesada en aprobar la medida la responsabilidad de ejecutar el proceso de consulta previa, y la última palabra, en decidir si se realiza o no la medida. Lo ideal es que la autoridad rectora en pueblos indígenas sea la responsable del proceso de consulta previa para garantizar mejor los derechos de los pueblos indígenas. Empero, la consecuencia natural de la disposición comentada, es la creación de una dirección de asuntos indígenas en las entidades estatales que potencialmente pueden dictar medidas que afecten a pueblos indígenas.

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

**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.*

Resulta lamentable, el torpe y estéril esfuerzo del Congreso de pretender intencionalmente dejar sin efecto un Tratado de Derechos Humanos a través de disposiciones del Derecho Interno. Esto es poner entre paréntesis el Estado Constitucional de Derecho, porque aparentemente se perjudica a determinados grupos económicos, haciendo que todo sea por el respeto a la inversión privada y las oportunidades de trabajo que ella genera. Sin embargo, detrás del alegato de seguridad jurídica y derechos adquiridos, se esconde la abierta intención de no ponerse a Derecho y legitimar situaciones ilegales desde su nacimiento. Las cosas claras, las reglas del derecho se aplican para todos, sin exclusión, pretender escaparse a ello, sólo puede revelar las profundas inequidades en nuestra sociedad, que conllevará nuevamente, tarde o temprano, a convulsiones sociales críticas, ya que no hemos aprendido de nuestro pasado.

Ahondando más al respecto, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa, tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados. En otras palabras, el derecho a la consulta previa, para los padres de la patria y de la clase política peruana, se hace efectivo a partir de la vigencia de la Ley de Consulta Previa, lo que resulta abiertamente inconstitucional pues es contrario a los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar Derecho Interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. Y en eso el TC, ha sido claro la obligatoriedad de la Consulta Previa, rige a partir del 02 de febrero de 1995, en que entro en vigencia el Convenio 169 de la OIT, y ello en la práctica, traerá la nulidad de determinadas medidas, y por otra parte la adecuación de determinados

actos administrativos, proceso en el cual, el principio de ponderación, será fundamental para resolver la casuística al respecto.

Lo honesto y coherente, y apegado al Derecho, era que la propia norma estableciera un proceso progresivo de revisión de las medidas adoptadas omitiendo el derecho a la consulta, con el fin de anularlas y dejarlas sin efecto o adecuarlas, caso de las concesiones donde un proceso de adecuación, traería consigo una pacificación de los principales conflictos socio ambientales donde se reclama se efectuó el derecho a la consulta. Muchos se asustan, cuando se habla de un proceso de adecuación de la consulta previa, pero dicho proceso se dio en la Región de Puno, como consecuencia del Decreto Supremo N° 033-2011-EM, titulado “Dictan disposiciones respecto a las actividades mineras o petroleras de exploración y explotación en el departamento de Puno en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas”, que señala: “Artículo 1°.- Disponer que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en el departamento de Puno no autorizan por sí mismos a realizar actividades mineras o petroleras de exploración ni explotación, ya que previamente debe efectuarse el proceso de consulta a los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas, según lo determine el Ministerio de Cultura.”

Claramente, el propio sector de energía y minas admite que en los casos en que se omitió consulta previa en la Región Puno, los titulares de proyectos de inversión, no podrán iniciar actividades hasta que previamente el Estado no haya realizado la consulta previa pendiente de conformidad con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Bien señala, el TC que “el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades -del sector de energía y minas- 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.”<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Fundamento 16 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

Así queda claro, que si el Ministerio de Energía y Minas (MEM) ha aceptado que las concesiones del sector minero energético deben adecuarse a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, específicamente en el ámbito del derecho a la Consulta Previa, en la región Puno, esta misma razón, debe imperar para el resto del país, a fin de evitar futuros conflictos socio ambientales, y penosos sucesos, que no queremos que se repitan. Ello será posible si el MEM programa una ordenada y planificada adecuación al derecho de la consulta previa en todo el territorio nacional, para las concesiones otorgadas y en trámite, como lo ha hecho en la Región de Puno. No hacerlo, no sólo sería desconocer el mandato imperativo y vinculante del Convenio 169 de la OIT, su rango constitucional, sino además sería vulneratorio del derecho a la igualdad y respeto a la identidad étnica y cultural que asiste al resto de poblaciones indígenas del país, consagrado en los numerales 2 y 19 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. Y si quedaban dudas, sobre la necesidad de la adecuación de las concesiones que omitieron la consulta previa, se ha pronunciado el Decreto Supremo N° 033-2011-EM, titulado “Adecuación de Petitorios Mineros y Suspensión de Admisión de Petitorios Mineros en el departamento de Puno” conforme se detalla:

***“Artículo 1.- Adecuación de petitorios mineros en trámite a lo establecido por el Decreto Supremo N° 023-2011-EM***

*1.1 Dispóngase que los petitorios mineros en trámite en el departamento de Puno deben adecuarse a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 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” de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.*

*(...)*

*1.4 El incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1.2 anterior, dará lugar a la declaración del abandono del procedimiento (...) y consecuentemente la cancelación y/o fin del procedimiento administrativo del petitorio minero.*

***Artículo 2.- Consulta como condición previa al inicio de actividades mineras***

*2.1. El MEM o el Gobierno Regional de ser el caso, deberá efectuar el proceso de consulta a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el departamento de Puno, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM y el Convenio 169 de la OIT.*

*(...)*

*2.3 Establézcase que el procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta (...) será aplicable en el departamento de Puno con carácter previo al otorgamiento de cualquier derecho administrativo que autorice a realizar actividades de exploración minera.*

*2.4 Una vez concluido el proceso de consulta, el Ministerio de Energía y Minas emitirá el acto administrativo correspondiente, el que deberá tomar en consideración el análisis del resultado del proceso de consulta y el contenido del acta de consulta, en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú.”*

Es absolutamente claro que cuando se dispone que se efectuó el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el departamento de Puno, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT se está implementando un proceso de adecuación, lo que saludamos. Recordemos que el TC: “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.”<sup>130</sup>

Por eso, llama poderosamente la atención que la Ley de Consulta Previa, haya omitido olímpicamente un proceso de adecuación, que ya se inició en la región Puno, y todo lo contrario, haya querido hacer “borrón y cuenta nueva” en el resto del país, y aplicar el derecho de consulta previa desde la vigencia de la Ley de Consulta Previa (2011), y no desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT (1995) como corresponde. Inútil esfuerzo porque un control constitucional hará prevalecer el Convenio 169 de la OIT por sobre la Ley de Consulta Previa, que en ese punto será inaplicable sin ningún atenuante, y podrá ordenarse la adecuación del caso o la nulidad de medidas administrativas o legislativas que afecten negativamente a pueblos indígenas.

### **3.2. El derecho a la consulta previa en el Decreto Supremo N° 001-2012-MC (Reglamento de la Ley N° 29785)**

El Reglamento de la Ley 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 el Reglamento), fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, y publicado en el diario oficial El Peruano el día martes 3 de abril del año 2012.

Para la aprobación de este reglamento, se conformó una comisión multisectorial, en la que participaron como titulares los mismos ministerios y lamentablemente solo dos organizaciones representando a las comunidades indígenas (la Confederación de

---

<sup>130</sup> Fundamento 18 de la STC EXP. N.° 06316-2008-PA/TC

Nacionalidades Amazónicas del Perú – CONAP, y la Confederación Campesina del Perú - CCP), esto debido a que no todas las organizaciones apoyaban la elaboración de este documento, dado que, antes de reglamentar la Ley de Consulta Previa, lo que pedían era reevaluar y modificar algunos artículos de la misma ley.

Este reglamento describe una serie de procedimientos que complementarían la ley peruana de consulta previa e indica su ámbito de aplicación. Así, tenemos que se aplica en: (i) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; (ii) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan conforme con el artículo 104 de la Constitución; y (iii) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo<sup>131</sup>. Además, precisa que las disposiciones del reglamento deben ser aplicadas por los gobiernos regionales y locales y estos gobiernos sólo podrán promover procesos de consulta previo informe favorable del Vice ministerio de Interculturalidad y respecto a las medidas que puedan aprobar conforme a las leyes de su competencia.

Se señala que existen algunas etapas, las cuáles son las siguientes: (i) etapa de identificación de la medida a consultar, que fija el inicio del proceso; (ii) etapa de publicidad de la medida; (iii) etapa de información; (iv) etapa de evaluación interna; (v) etapa de diálogo, y (vi) etapa de decisión. Además, el reglamento fija 120 días calendario como plazo para realizar todas las etapas<sup>132</sup>.

Precisa que de alcanzarse a un acuerdo en el proceso de consulta, sea este parcial o total, tendrá un carácter de obligatorio y vinculante entre las partes, es decir, entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, indica que si no se llegase a ningún acuerdo, la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta puede emitir dicha decisión consultada, pero siempre tomando en cuenta las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus vidas y derechos conexos.

Por otro lado, el reglamento reconoce que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la entidad estatal encargada de implementar el derecho a la consulta, el que,

---

<sup>131</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Implementación del proceso de consulta previa, libre informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima: Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología; 2012. Informe. p. 10.

<sup>132</sup> Idem

entre otras funciones elabora, consolida y actualiza la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y lleva el registro de sus respectivas organizaciones; lleva el registro del resultado de las consultas realizadas y brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta<sup>133</sup>.

Otro aspecto relevante es que se establece la necesaria participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta. La experiencia demuestra que los facilitadores de los procesos de consulta pueden ser una pieza clave en la construcción de los consensos. Igualmente, para garantizar el derecho a que los indígenas a ser consultados puedan expresarse en su propia lengua, la participación de los intérpretes es de un valor esencial para el proceso.

Otros puntos importantes contenidos en el reglamento son las garantías a la propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, y aquí se pone en el caso, acertadamente, de las situaciones excepcionales en las que se requiera el traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan.

Las críticas al Reglamento ya se han dejado escuchar, de parte de las organizaciones indígenas que no participaron, de los especialistas en temas de pueblos indígenas, así como de las mismas organizaciones que participaron en la aprobación, debido a que consideran que la última versión de la Reglamentación no corresponde con los acuerdos a los que se llegaron en el proceso.

Aquí, vale la pena mencionar lo señalado por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos el 9 de marzo de 2012, en el informe que emitió sobre los aspectos observados en el proceso de consulta previa del Reglamento de la Ley N° 29785.

“Consideramos que en las etapas de publicidad, información y evaluación interna, se realizó un proceso con serias deficiencias, habiéndose distribuido la información de manera tardía, se redujo la etapa de información a la entrega de documentos a representantes de las organizaciones nacionales, y no se realizaron esfuerzos para dar a conocer el borrador del Reglamento con la debida anticipación y con el debido uso de procedimientos culturalmente adecuados, tal como está establecido en la Ley de Consulta Previa (Artículos 11, 12 y 13).

---

<sup>133</sup> Idem

Asimismo, durante la etapa de diálogo se evidenció el interés de los funcionarios del Estado por acelerar esta etapa, lo que vulneró el principio de flexibilidad y plazo razonable, situación que fue señalada en su momento por las organizaciones indígenas participantes.

El proceso de consulta del Reglamento también tuvo debilidades con respecto a la representatividad de las organizaciones indígenas nacionales y regionales; como se mencionó antes, sólo dos organizaciones nacionales participaron durante todo el proceso de consulta.”<sup>134</sup>

Frente a lo señalado, parece que estuviéramos ante una reglamentación importante pero deslegitimada. En suma, luego de revisar el reglamento, es que si bien se puede advertir un esfuerzo por adecuar las normas que regulan el derecho a la consulta a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y en menor medida, la intención de recoger algunas de las ideas planteadas por los pueblos indígenas, estimamos que estos esfuerzos son insuficientes, pues aún se pueden encontrar en el reglamento, al igual que en la ley de consulta, disposiciones que desnaturalizan este derecho en aspectos sustanciales, los cuales en los hechos vacían de contenido y neutralizan la fuerza normativa de este derecho.

---

<sup>134</sup> **COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.** *Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Decreto Supremo N°001-2012-MC* [Informe en Internet] Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Mayo 2012 [Consultado el día 14 de julio del año 2013]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/96188132/Informe-Tecnico-del-Reglamento-de-la-Ley-de-Consulta-Previa>. p.p. 1-34

## CAPITULO V: PUEBLOS INDIGENAS COMO TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS

### 1. Pueblos Indigenas

#### 1.1. Definición.

Siguiendo la pauta internacional, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa ha establecido lo que debemos entender por pueblo indígena u originario del siguiente modo:

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

Es decir son aquellos pueblos que por su naturaleza, son anteriores a los procesos de colonización de nuestras sociedades actuales. En el tiempo, estos pueblos han sabido conservar y mantener sus tradiciones, usos, costumbres e instituciones de modo tal que hoy reciben reconocimiento y protección jurídica, tanto a nivel internacional como en el derecho interno de los diferentes países. Este reconocimiento legal supone el afianzamiento, desde los Estados, de la identidad propia de los pueblos, debido a que se autoidentifican, no como individuos, sino como una colectividad. Se trata de comunidades que construyen su propia identidad cultural<sup>135</sup>.

#### 1.2. Identificación

La identificación de los pueblos indígenas u originarios se basa en los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley y el Reglamento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

---

<sup>135</sup> MINISTERIO DE CULTURA. *Derecho a la Consulta Previa. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. 1ª ed. Lima: Ministerio de Cultura; 2016. p. 8.

En el derecho internacional se identifica a los pueblos indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo, como se desprende del Convenio 169 de la OIT. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual).

En la Guía de Aplicación del Convenio N° 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena<sup>136</sup>.

Conforme artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 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.

Debido a ello, cuando la Constitución en sus artículos 88 y 89 menciona a la comunidad campesina o nativa, debe entenderse como una de las manifestaciones organizativas del pueblo indígena u originario en nuestro derecho interno. Ello en razón de que “si bien una o muchas comunidades pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario, otras pueden no serlo. Asimismo, existen muchas localidades o colectivos, no organizados en comunidades, que pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario”.<sup>137</sup>

### 1.3. Reconocimiento normativo

En lo que respecta a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, nuestra Constitución en sus artículos 88 y 89 reconoce algunos de ellos bajo el epígrafe de “Régimen agrario de las comunidades campesinas y nativas”, entre estos derechos tenemos la

---

<sup>136</sup> **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO.** *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT.* Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

<sup>137</sup> **MINISTERIO DE CULTURA.** *Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía Metodológica.* Lima: Ministerio de Cultura, 2014, [consultado el día 22 de abril 2016]. Disponible en: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/material-publicacion/guia-metodologica-etapa-de-identificacion-de-pueblos-indigenas-u-originarios/>>. p. 22.

propiedad comunal sobre sus tierras (artículo 88), su existencia legal y como personas jurídicas, autonomía organizativa, libre disposición de sus tierras, la imprescriptibilidad de las mismas, salvo abandono; y el respeto de su identidad cultural (artículo 89).

A los señalados y en virtud del principio de unidad de la Constitución, deben incorporarse los derechos a la identidad étnica y cultural y al uso de su propio idioma (artículo 2.19), a la salud comunal (artículo 7), a la educación bilingüe e intercultural (artículo 17), y a la jurisdicción comunal (artículo 149), entre otros.

El reconocimiento de los derechos colectivos antes señalados debe complementarse con una lectura integradora del texto constitucional con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

**Cuadro 6: Base normativa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios derecho internacional - derecho interno**

Derecho colectivo	Derecho Internacional de los Derechos Humanos		Derecho interno
	Convenio 169	Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los PP. II.	Constitución Política del Estado de 1993
Derecho a la libre autodeterminación o autonomía	Art. 7	Arts. 3, 4, 5 y 33	Art. 89
Derecho a la identidad cultural	Art. 5	Arts. 9, 11, 12 y 13	Arts. 2.19 y 89
Derecho a la participación	Arts. 2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	Arts. 18, 23 y 36	Arts. 2.17, 31, 191 y 197
Derecho a la consulta	Arts. 6.1.a, 6.2 y 15.2	Arts. 17.2, 19, 36 y 38	Art. 2.17
Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo	Art. 7	Art. 23	Art. 89
Derecho a conservar sus costumbres e instituciones	Arts. 4, 5, 6 y 8	Arts. 5, 20 y 33	Art. 139.8
Derecho a la jurisdicción especial	Art. 9	Art. 35	Arts. 149 y 139.8
Derecho a la tierra y al territorio	Arts. 13, 14, 17 y 18	Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32	Arts. 88 y 89
Derecho a los recursos naturales	Art. 15	Arts. 26, 27, 28 y 29	Art. 89
Derecho a la salud intercultural	Art. 25	Art. 24	Arts. 7 y 9
Derecho a la educación	Arts. 26 y	Arts. 14 y 15	Arts. 13, 14, 17 y

intercultural y a la lengua/idioma	27		48
------------------------------------	----	--	----

Fuente: Ministerio de Cultura

Elaborado: Ministerio de Cultura

## 2. Base de Datos de Pueblos Indígenas u originarios

El Ministerio de Cultura, considerando que el Perú, es un país pluricultural, ha creado una Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios, concluyendo así la primera etapa de difusión de los 55 pueblos indígenas u originarios identificados hasta la actualidad.

Dentro de esta base datos, se identifica a los pueblos quechuas, brindando información histórica, cultural, geográfica y demográfica de estos pueblos<sup>138</sup>.

**Cuadro N° 07**  
**Pueblos indígenas del Perú**

Pueblo	Otras denominaciones	Lengua
Achuar	Achual, Achuale, Achuare	Achuar
Aimara	Aru	Aimara
Amahuaca	amin waka, Yora	Amahuaca
Arabela	Chiripuno, Tapueyocuaca	Arabela
Ashaninka	Campa ashaninka	Ashaninka
Asheninka	Ashaninka del Gran Pajonal	Ashaninka
Awajún	Aents, Aguaruna	Awajún
Bora	Booraa, Miamuna, Miranha, Miranya	Bora
Cashinahua	caxinahua, Huni kuin, Kachinahua	Cashinahua
Chamicuro	Camikódlo, Chamicolos	Chamicuro
Chapra	Shapra	Kandozi-chapra
Chitonahua	Murunahua, Yora	Yaminahua
Ese eja	Ese'eja, Huarayo, Tiatinagua	Ese eja
Harakbut	Amarakaeri, arasaeri, Kisamberi, Pukirieri,	Harakbut

<sup>138</sup> **MINISTERIO DE CULTURA.** [Base de datos de Pueblos Indígenas u originarios]. Lima: Viceministerio de Interculturalidad, julio 20015 [consultado el día 02 febrero 2017]. Disponible en: <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/quechuas>

	sapiteri, Toyoeri, wachipaeri	
Ikitu	Amacacore, iquito, Quiturran	Ikitu
Iñapari	Inamari, Inapari, kushitireni	Iñapari
Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Isconahua
Jaqaru	aimara central, Aimara tupino, Aru, Cauqui	Jaqaru
Jíbaro	Jibaro del río Corrientes, Shiwiar, Siwaro	Achuar
Kakataibo	uni, unibo	Kakataibo
Kakinte	poyenisati	Kakinte
Kandozi	Kandoshi	Kandozi-chapra
Kapanawa	capanahua, Buskipani, Nuquencaibo	Kapanawa
Kichwa	Inga, Quichua, Lamas, Llacuash	Quechua
Kukama kukamiria	Cocama cocamilla, Xibitaona	Kukama kukamiria
Madija	Culina, Kolina, Madiha	Madija
Maijiki	Maijuna, Orejón	Maijiki
Marinahua	Onocoin, Yora	Sharanahua
Mashco Piro		Yine
Mastanahua	Yora	Sharanahua
Matsés	Mayoruna	Matsés
Matsigenka	Machiguenga, Matsiganga, Matsiguenga	Matsigenka
Muniche	Munichi	Muniche
Murui-muinani	Huitoto	Murui-muinani
Nahua	Yora	Nahua
Nanti	Matsigenka	Nanti
Nomatsigenga	Atiri, Nomachiguenga	Nomatsigenga
Ocaina	Dukaiya, Dyo'xaiya	Ocaina
Omagua	ariana, Omagua yeté, pariana, umawa	Omagua
Quechuas	Los pueblos quechuas no tienen otras denominaciones, más sí un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: Cañaris, Chankas, Chopccas, Huancas, Huaylas, Kana, q'eros	<b>Quechua</b>

Resígaro	Resigero	Resígaro
Secoya	Aido pai	Secoya
Sharanahua	Onicoín, Yora	Sharanahua
Shawi	Campo piyapi, Chayawita, Tshahui	Shawi
Shipibo-konibo	Chioeo-conivo, Joni, Shipibo	Shipibo-konibo
Shiwilu	Jebero, Shiwila, Xebero	Shiwilu
Tikuna	Duuxugu, Ticuna	Tikuna
Urarina	Itucali, Itukale, kacha edze	Urarina
Uro	Uru	Uro ( lengua extinta)
Vacacocha	abijira, Aushiri, awshira, a'éwa	Awshira (lengua extinta)
Wampis	Huambisa, Shuar-suampis	Wampis
Yagua	Nihamwo, Yihamwo	Yagua
Yaminahua	Jjamimawa, Yora, Yuminahua	Yaminahua
Yanesha	Amage, Amuesha, Amuexia	Yanesha
Yine	Chotaquiroy, Pira, Piro, Simirinche	Yine

Fuente: Ministerio de Cultura. Base de datos de Pueblos Indígenas u originarios.

Elaborado: Viceministerio de Interculturalidad

### 3. Pueblos Quechuas<sup>139</sup>.

Según Ministerio de Cultura, el pueblo quechua reúne a un conjunto grande y diverso de poblaciones andinas de larga data, que tienen como idioma materno el quechua, en sus distintas variedades. Considera que entre ellas se puede señalar a los chopcca, los chankas, los huancas, los huaylas, los kanas, los q'ero y los cañaris.

Los pueblos quechuas son poseedores de una cultura compleja, que se caracterizó por su gran adaptación a las condiciones geográficas y climáticas que se extendieron a lo largo de la Cordillera de los Andes. Esto les fue posible gracias a sofisticadas formas de aprovechamiento económico del territorio y a políticas de articulación entre diversos grupos<sup>140</sup>. Se trataba de pueblos de agricultores avanzados y de ganaderos de altura, cultivadores y criadores de especies que no eran conocidas en otras partes del mundo hasta la invasión y la creación del virreinato. Desarrollaron además numerosas técnicas en

<sup>139</sup> *Ibíd*em

<sup>140</sup> LUMBRERAS S. Luis Guillermo. *Los orígenes de la civilización en el Perú*. 6ª ed. Lima: Milla Batres; 1983. p. 32

cerámica, en tejidos, metalurgia, arquitectura, medicina, agricultura, constituyendo una compleja civilización que fue parte central del Imperio Inca<sup>141</sup>. En la actualidad, estos pueblos viven principalmente en la sierra del Perú y en países vecinos como Bolivia y Ecuador.

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda del año 2007, la población del país cuya lengua materna es el quechua asciende a 3'360,331, lo que constituye el 12.3% de la población censada, y comprende parte mayoritaria de la población indígena en el Perú<sup>142</sup>.

### 3.1. Historia

Rostowrowski<sup>143</sup>, señala que en la época del Tahuantinsuyo, los Andes centrales estaban ocupados por una serie de grupos diversos, muchos de los cuales son los antepasados de los actuales pueblos quechuas. Hablaban diversas variedades del quechua, tenían mitos y lugares de origen diferenciados, atuendos propios, y otras instituciones distintivas..

Antes de la llegada de los españoles, sabemos que los diversos pueblos quechuas se enfrentaron entre sí en las guerras incaicas y durante las guerras en la invasión, ubicándose de uno y otro lado de los bandos en conflicto, mostrando que conformaban diversas unidades étnicas y políticas, y que no tenían un gobierno centralizado que los agregara a todos fuera del dominio estatal incaico, que ha permitido a los invasores expandir su dominio con mayor rapidez.

Es así, en su conjunto, los diversos pueblos quechuas han experimentado muchos cambios en su estructura orgánica, en su economía, en sus ideas y creencias. Gran parte de estos cambios se han producido por efectos externos.

En su primera fase a lo largo del primer siglo de presencia española, los pueblos quechuas experimentaron un colapso demográfico, llamado catástrofe, causados por enfermedades desconocidas como la viruela, gripe, sarampión, tifus, contra las que la población nativa no tenía resistencia, agravado por los diversos desplazamientos poblacionales así como a las duras condiciones de trabajo a que fueron sometidos. Se estima que en su conjunto, la población del imperio incaico cayó de cerca de diez millones de habitantes, a solo un millón y

---

<sup>141</sup> BOLTON Ralph, MAYER Enrique. *Parentesco y matrimonio en los andes*. 1ª ed. Lima: PUCP; 1980. p. 67

<sup>142</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Censo de Población y Vivienda del año 2007.

<sup>143</sup> ROSTWOROWSKI María. *Ensayos de historia andina I. Elites, etnias, recursos*. 5ª vols, 1ª ed. Lima: IEP; 2005. pp. 188-190

medio a principios del siglo XVIII. La información existente no permite distinguir claramente efectos diferenciados de la caída demográfica entre pueblos quechuas u otros, pero sabemos que las caídas demográficas fueron extremadamente fuertes en el norte, fuertes en el centro y menos pronunciadas en el sur, lo que explica las actuales concentraciones de población indígena mayoritariamente al centro y sur andino<sup>144</sup>.

La segunda fase, las encontramos en la época colonial, cuando los antiguos ayllus del sistema inca fueron reagrupados, por expresa disposición de los invasores, para formar lo que ellos denominaron «reducción de indios». Compulsivamente, los antiguos ayllus fueron reunidos en grupos mayores, con residencia en una sola localidad y bajo los esquemas orgánicos dictados por los colonizadores.<sup>145</sup> Por estos procesos históricos sufridos por la población andina, algunos autores sostienen la idea de que la comunidad campesina tiene su origen en la política de reducción de ayllus dispuesta por el virrey Francisco de Toledo desde 1569 a 1581.

Un tercer cambio cultural importante es la introducción de la religión católica cristiana, en el conjunto de pueblos quechuas. En todas las reducciones, la doctrina (clases de catecismo) de hombres y mujeres era obligatoria. Sumada a la prohibición y represión de buena parte de los cultos tradicionales<sup>146</sup>.

Como cuarto fase, en la que los pueblos quechuas participaron activamente, se enmarca en los tiempos de la rebelión Túpac Amaru II y los movimientos independentistas, contra el incremento de los impuestos como parte de las Reformas Borbónicas y la mita minera, un abusivo sistema legalizado en 1756. Esta rebelión trajo como represalias en las últimas décadas del siglo XVIII, la eliminación de los privilegios que mantenían la nobleza y las autoridades indígenas; sin embargo conllevó también la supresión del reparto y la mita, las dos formas más brutales de explotación colonial feudal.

En la República, una vez emancipada de la colonia española, la estructura de tenencia de la tierra siguió al de la colonia y los criollos entran de lleno al poder político, empeorando las

---

<sup>144</sup> **COOK N.** David. *La catástrofe demográfica andina. Perú 1520-1620*. 1ª ed. Lima: PUCP; 2010. pp. 167.

<sup>145</sup> **ROBLES M.** Román. *Tradición y modernidad en las comunidades campesinas*. 1ª ed. Lima: Investigaciones Sociales; 2004. pp. 26-27.

<sup>146</sup> **ESTENSSORO F.** Juan Carlos. *Del paganismo a la santidad. La incorporación de los indios del Perú al catolicismo. 1532-1750*. 1ª ed. Lima: PUCP-IFEA; 2003. pp. 21-22

condiciones de la población indígena. Así, a fines del siglo XIX la mayor parte de la población hablante de lenguas andinas se encontraba excluida de las instituciones de gobierno.

En el siglo XX se dio un proceso de reconstitución comunal que dio pie al reconocimiento estatal de comunidades de indígenas. A partir de las constituciones de 1920 y 1933 se empezó a reconocer comunidades indígenas en el interior del país.

El gobierno militar reemplazó posteriormente el título indígena, considerado como peyorativo, por el de campesino, con el Estatuto de comunidades promulgado en 1970. El cambio no fue solo nominal, pues supuso un nuevo énfasis en las actividades económicas del campo - agricultura y ganadería- antes que en el reconocimiento como poblaciones indígenas como criterio central para la conformación de comunidades.

La Reforma Agraria que llevó a cabo el gobierno de Velasco Alvarado, permitió a la mayoría de las poblaciones indígenas salir de la servidumbre y el abuso sistemático de las haciendas. Por último, la constitución de 1979 restituyó el derecho de voto a los analfabetos, permitiendo el proceso de sustitución de autoridades *místis* y de poderes locales, sobre un número considerable de municipios distritales y provinciales con población quechuahablante.

No obstante, una de las mayores causas de la movilización de grandes sectores de población quechua centro y sur andina fue el periodo de violencia política que experimentó el país durante las décadas de 1980 y 1990.

De acuerdo con las cifras oficiales, el conflicto armado interno que inició Sendero Luminoso involucró, tanto del lado insurgente como del de las fuerzas del orden, principalmente a población quechua hablante. La CVR identificó que existió una evidente relación entre exclusión social e intensidad de la violencia, cuyas víctimas en su mayoría fueron de rostro rural y campesino quechua hablante u otras lenguas nativas<sup>147</sup>. De hecho, tres de cada cuatro víctimas mortales tenían como lengua materna el quechua.

En el Perú contemporáneo la presencia de los quechuas se deja sentir a lo largo del territorio. En años recientes las identidades culturales que habían sido homogenizadas principalmente

---

<sup>147</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR). *Hatun Willakuy*, versión abreviada del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. 1ª ed. Lima: CVR; 2004. pp. 20-27

por el rótulo de “indio” han aflorado y pueblos como los q’ero y los chopcca —por mencionar solo dos— reivindican su origen ancestral. Aunque parezca difusa o profundamente mezclada con la cultura de origen hispano, la matriz cultural quechua mantiene su vigencia en el siglo XXI a través de distintas expresiones.

### **3.2. Instituciones sociales, económicas y políticas**

La principal forma prehispánica de organización de las poblaciones quechuas que se conoce es el ayllu, institución fundada originalmente en el parentesco. Estas formas de organización similares, con base en el parentesco, se encuentran aún en algunas zonas de Cusco, Apurímac, Ayacucho. Tal es así que en los padrones comunales se puede observar que la mayoría de los apellidos se repiten. No obstante, aunque no todas las comunidades campesinas forman parte de pueblos indígenas, en la actualidad, la forma más extendida de organización de los pueblos quechuas contemporáneos es la comunidad campesina, institución representativa del campesinado organizado, vinculado directamente con la tierra.

La comunidad en sí misma no es una unidad de producción, es un territorio compartido por un número de familias que produce de manera individual; sin embargo, existen mecanismos institucionalizados que regulan y facilitan la constitución de grupos de cooperación y que norman las reglas de comportamiento entre sus integrantes, las obligaciones que cada uno tiene con los otros y la distribución de tareas. Entre estos mecanismos se pueden distinguir los que prescriben trabajos comunales colectivos (la minca, minka, o minga). Las familias participaban en la construcción de locales, canales de riego, así como la ayuda en la chacra de las personas discapacitadas, huérfanos y ancianos y aquellos que aseguran la reciprocidad entre familias (yanapa, ayni, waki y otras más).

No debemos olvidar el trueque, en el sistema económico de los pueblos quechuas, que aun permite el intercambio de bienes materiales o de servicios por otros objetos o servicios, y se diferencia de la compraventa habitual en que no intermedia el dinero como representante del valor en la transacción. Es posible ver aun en algunos pueblos quechuas en especial los días de feria; sin embargo existen procesos que está llevando a la desaparición, debido que a que la economía tradicional de las comunidades se enfrenta a la economía de mercado actual.

Además de la organización colectiva alrededor de la comunidad, en algunas zonas del centro y del sur del Perú, los grupos quechuas cuentan con un sistema local de cargos tradicionales, conocidos como envarados o varayoqs. Se trata de una forma de organización derivada de los antiguos cabildos de indios que gobernaban los pueblos durante la Colonia.

### 3.3. Creencias y prácticas ancestrales

Los pueblos quechuas se caracterizan por una serie de creencias y prácticas ancestrales vinculadas a manifestaciones materiales e inmateriales de su cultura, ambas producto de procesos de transformación y de adaptación al espacio que han ocupado, como también a una serie de influencias hispanas.

En esta sección, enumeramos una serie de elementos de la cultura material e inmaterial de los pueblos quechuas, compartidos por la mayoría de pueblos, aunque por lo general es posible observar variantes regionales o locales sobre estos elementos.

**a) Herramientas y tecnología agrícola.** Las culturas quechuas tradicionales y varias de las actuales poblaciones manejan un complejo sistema de producción agrícola, que combina el manejo de terrazas (andenes) u otras formas de transformación del suelo (camellones, pozas), con sistemas de irrigación y de rotación de cultivos, asociados al descanso regulado<sup>148</sup>.

Entre las herramientas quechuas se cuenta como la más característica la chaquitaqlla o arado de pie.

**b) Tejidos y vestimenta.** Los tejidos son tradicionalmente muy importantes para los pueblos quechuas. Constituyen de un lado la base de su vestimenta característica, pero están también vinculados a la identidad y la diferenciación entre diversos grupos y comunidades, y son un elemento central en la construcción de las relaciones humanas inter personales e inter grupos.

---

<sup>148</sup> MORLON Pierre. *Comprender la agricultura campesina en los andes centrales*. Perú-Bolivia. 1ª ed. Lima: IFEA, CBC; 1996. p. 68

Cuentan con diversas técnicas de hilado y tejido; destacando el telar de cintura y el telar horizontal. Los tejidos más elaborados son llamados pallay y también awayos o aguayos<sup>149</sup>.

La vestimenta tradicional quechua se compone de una serie de piezas características entre las que se cuentan el aqsu y la huwuna (camisa interior), diversos tipos de mantas: kipucha (manta pequeña), unkhuña o q'ipirina (mantilla), el phullu (manta), la llijlla (chal) y la hirha (manta grande para cargar). Cuentan además con una serie de piezas complementarias como el chumpi (cinturón), la chuspa (bolso), el chullo (gorro), la llaquilla (chalina) y la hakiwa. Además se cuentan una serie de piezas de origen español que han sido apropiadas y adaptadas a los usos y prácticas quechuas tradicionales, como las polleras, los ponchos (que han reemplazado a los unkus antiguos), los sacos (camisas) y los chilikus (chalecos). Es de señalar que estas vestimentas sólo son habituales en algunas comunidades tradicionales aisladas, pero que en la mayor parte de las comunidades quechuas son vestidas únicamente para las fiestas y actos solemnes o rituales<sup>150</sup>.

**c) Creencias y mundo sobrenatural.** Diversas etnografías señalan que los pueblos quechuas conciben un mundo tripartito: kay pacha, uku pacha y hanan pacha, que pueden traducirse como el mundo de los seres humanos, el mundo de abajo o más precisamente de “adentro”, y el mundo superior, de los espíritus y seres poderosos, respectivamente.

Existe también la creencia en una serie de seres poderosos y sobre naturales. Los más poderosos y difundidos son la pachamama, los wamanis o apus, los santos y la mamacocha<sup>151</sup>.

Asimismo, existe una serie de seres vinculados a los recursos naturales y que tienen más bien un carácter ambiguo, pues pueden ser tanto nocivos como benefactores, como las sirenas, vinculadas a las fuentes de agua, el muqui en las minas y profundidades de la tierra y los supays o saqras, vinculados también al mundo de abajo.

---

<sup>149</sup> SILVERMAN, Gail. *El tejido andino: un libro de Sabiduría*. 1ª ed. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, Fondo Editorial; 1994. p. 32.

<sup>150</sup> CARRASCO Carmen. *Trajes típicos de la comunidad Urinsaya Ñawin Chaccopata*. 1ª ed. Lima: Tarea; 2006. p. 134.

<sup>151</sup> GARCÍA Juan. *Los santuarios de los Andes Centrales*. En: Millones, Luis, Tomoeda, Hiroyasu. *Historia, religión y ritual de los pueblos ayacuchanos*. Osaka: Museo Nacional de Etnología; 1998. pp 51-85.

Existe una práctica mágico-religiosa de comunicación con estos seres y fuerzas sobrenaturales, algunas de carácter propiciatorio, como los pagos, las tinkas o las wylanchas, en tanto que otros comportan prácticas de sanación.

**d) Música, géneros musicales y Danzas.** Los pueblos quechuas tienen una serie de géneros musicales, todos ellos herencia de música prehispánica que, por supuesto, ha ido evolucionando con el tiempo. El género más característico y extendido es el huayno, que comporta canto y baile. Derivados de los antiguos harawis, son llamados también cantos de recuerdo y suelen tener temas nostálgicos. Se cuentan entre estos el yaraví, el triste y la muliza<sup>152</sup>.

Existen también otros tipos de cantos, menos públicos y conocidos, asociados por lo general a actividades productivas. Se trata de cantos colectivos, entonados en grupo en ocasión de cosechas (haychalla, wankas, qashua), la marcación del ganado (wakataki), o la limpieza de acequias (hualina). Otros conjuntos de cantos están asociados a una serie de danzas, particularmente los cantos de carnavales, tomando distintos nombres según las regiones (whiphala, pumpin, puqllay, wayllacha), así como los cantos de adoración como las huaylías o huaylijías.

Por su parte, la ejecución de las piezas suele estar a cargo de conjuntos de músicos, desde dos o tres hasta grupos más numerosos como los de sikuris o de flautas. Existe también un tipo de ejecución unipersonal muy extendido consistente en un solo músico que ejecuta al mismo tiempo un instrumento de percusión y un aerófono, tinya y quena o caja y flauta, muchas veces acompañando a algunos danzantes tradicionales<sup>153</sup>.

En el caso de las danzas, son frecuentes en fiestas y celebraciones como la siembra o la cosecha, y también durante los carnavales, en los cuales las danzas grupales toman formas de paseos. Entre estas danzas se cuentan los pujllay, las cachuas o kashuas y las múltiples danzas de carnaval. En esta línea, son particularmente importantes una serie de danzas y pruebas de habilidad y competencia, que toman el nombre genérico de atipanakuys (competencia, enfrentamiento) y las danzas de tijeras.

<sup>152</sup> VÁSQUEZ Chalena. *El canto colectivo, una hermosa práctica en las culturas populares del Perú*. En: Historia de la música en el Perú. Lima: Ministerio de Educación; 2007.

<sup>153</sup> ROBLES Román. *La banda de músicos. Las bellas artes en el sur de Ancash*. 1ª ed. Lima: UNMSM; 2000; p. 72

La música quechua tradicional se caracteriza también por un conjunto de instrumentos tradicionales de viento y percusión, entre los que destacan, entre otros, varios tipos de quenas y pinkullos, semejantes a las flautas; las zampoñas, sikus o sikuris, llamadas también flautas de pan, de diversos tonos y tamaños; las ocarinas, generalmente de cerámica; los pututos hechos de conchas marinas así como los wakrapukus elaborados con cuernos de vacunos.

**e) Fiestas y rituales.** Los pueblos quechuas cuentan con una gama numerosa de fiestas y danzas tradicionales asociadas a las mismas, como las fiestas vinculadas a actividades productivas, como la siembra y la cosecha, pero sobre todo la limpieza de acequias y las herranzas. Estos dos tipos de fiestas son más “tradicionales”, cuentan con más elementos indígenas que las fiestas patronales y se hallan ampliamente difundidas en muchas regiones de la sierra<sup>154</sup>.

En algunas zonas de la sierra centro sur existe también el toropukllay, ceremonia, juego y espectáculo que combina en un acto ritual un cóndor y un toro, a manera de rito propiciatorio.

En diversas zonas de los andes quechuas se encuentran también una serie de danzas y juegos vinculados a la competencia y la destreza o la resistencia. Celebraciones como el el tantanakuy (empujones) y el takanakuy (golpearse con objetos por turnos), implican no sólo la habilidad individual sino también prestigios relativos colectivos. Una derivación colectiva de estos juegos de enfrentamiento es el chiarage, propio del sur andino, que enfrenta a comunidades enteras y que antiguamente refería a temas de asignación de derechos temporales sobre tierras.

**f) Organizaciones representativas de nivel comunal.** Las comunidades campesinas han constituido de manera histórica la forma de organización, distribución del trabajo y posesión del trabajo de muchos pueblos indígenas, como es el caso de los pueblos quechuas. No obstante, el Estado peruano no cuenta actualmente con información pertinente que tome en consideración la complejidad histórica y cultural de la auto-identificación en el contexto andino.

---

<sup>154</sup> CLOUDSLEY Tim. *Las fiestas anuales de los indios quechuas*. En: *Antropológica-PUCP*, 1988, VI, (6): pp. 327-333.

## CAPITULO VI: LAS CONCESIONES MINERAS OTORGADAS EN LA REGIÓN AYACUCHO EN EL PERIODO 1995 AL 2011

### 1. Contexto de la Región Ayacucho



### 1.1. Ubicación geográfica.

El departamento de Ayacucho se encuentra ubicado en la Región Centro Sur Andina del país, en el área meridional de los Andes, a 2,746 m.s.n.m., entre los paralelos 12° 07' 30" y 15° 37' 00" Latitud Sur y los meridianos 72° 50' 19" y 75° 07' 00" longitud Oeste.

Limita por el norte con departamento de Junín, por el sur con el departamento de Arequipa, por el este con el departamentos de Cusco y Apurímac, y por el oeste con los departamentos de Huancavelica e Ica.

La superficie del departamento muestra un relieve muy accidentado, donde los ríos Apurímac, Pampas y Mantaro forman impresionantes cañones. En las punas o altas mesetas andinas el relieve presenta pampas onduladas, y en el sur el nevado Sara-Sara es el más importante. Su suelo es muy accidentado por el cruce de dos cordilleras que lo divide en tres unidades orográficas: montañosa y tropical al norte, de abrupta serranía al centro, y de altiplanicies al sur. Entre las regiones naturales identificadas en el departamento de Ayacucho, por su continentalidad se hallan principalmente la región Quechua o Sierra, Rupa Rupa, Suni, Puna o Jalca.

### 1.2. División política.

El departamento de Ayacucho políticamente se encuentra dividido en 11 provincias, 111 distritos, 1,375 caseríos, 855 anexos, 454 comunidades campesinas y 87,265 unidades agropecuarias<sup>155</sup>; cuyo capital es la provincia de Huamanga, fundada el 25 de abril de 1,540; observándose con mayor detalle los referidos datos en el Cuadro N° 03.

Tiene una superficie total de 43,814.80 Km<sup>2</sup> (4'381,480 hectáreas), que representa el 3.5% de la superficie nacional, siendo el octavo departamento en orden de superficie; de los cuales corresponden el 88.7% a la Región Sierra y el 11.3% a la Ceja de Selva.

En el Gráfico N° 02 y Cuadro N° 04, se detallan las provincias, las superficies en Km<sup>2</sup>, los porcentajes, las altitudes, el número de distritos, deduciéndose que la provincia de Lucanas ocupa el 33.08% de la superficie total del departamento, Parinacochas el 13.62%, La Mar el

---

<sup>155</sup> GRUPO TÉCNICO DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL *Caracterización del Departamento de Ayacucho con Fines de Ordenamiento Territorial*. 1ª ed. Ayacucho: GTCI ; 2005. p. 13.

10.02%, Huanta el 8.85% y Huamanga el 6.81%; mientras que la provincia de Vilcas Huamán ocupa sólo el 2.69% de la superficie total departamental.

En cuanto se refiere a la altitud, se aprecia la heterogeneidad existente, la capital de la provincia de Huancasancos está ubicada a 3,525 m.s.n.m. y Sucre a 3,502 m.s.n.m.; mientras que las provincias de Paucar del Sara Sara y Cangallo están ubicadas a 2,524 m.s.n.m. y 2,556 m.s.n.m. respectivamente.

**Grafico N° 01**  
**Mapa**  
**Político Departamental**



## Cuadro N° 08

**SUPERFICIES Y ALTITUDES POR PROVINCIAS  
DEL DEPARTAMENTO DE AYACUCHO – 2005**

N°	PROVINCIAS	SUPERFICIE		ALTITUD (m.s.n.m)	N° DE DISTRITOS
		(Km2)	%		
1	Huamanga	2,981.37	6.81	2,761	15
2	Huanta	3,878.91	8.85	2,628	08
3	La Mar	4,392.15	10.02	2,661	08
4	Cangallo	1,916.17	4.37	2,556	06
5	Vilcas Huamán	1,178.16	2.69	3,470	08
6	Huancasancos	2,862.33	6.53	3,525	04
7	Víctor Fajardo	2,260.19	5.16	3,092	12
8	Sucre	1,785.64	4.08	3,502	11
9	Lucanas	14,494.64	33.08	3,214	21
10	Parinacochas	5,968.32	13.62	3,175	08
11	Paucar del Sara Sara	2,096.92	4.79	2,524	10
TOTAL	11	43,814.80	100		111

Fuente: INEI Ayacucho – Almanaque Estadístico 2003.

### 1.3. Densidad poblacional

Según las proyecciones poblacionales del INEI, el 2011 el departamento contaba con 658,400 habitantes (2.2 por ciento del total nacional) siendo la provincia de Huamanga la de mayor población (38.9 por ciento del total departamental). Su última tasa de crecimiento intercensal es de 1.5 por ciento, además de tener una distribución casi equilibrada de la población según sexo<sup>156</sup>.

### 1.4. Aspectos socio culturales

Los vestigios históricos demuestran que la localidad donde se encuentra ubicada la ciudad de Ayacucho ha estado habitada desde 20 milenios A.E. Tales restos se encontraron en las

<sup>156</sup> Fuente INEI-SIRTOD, proyectada al 30 de junio 2011. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/mapas/bid/>

cuevas de “Pikimachay”<sup>157</sup>, evidencia más antigua de la presencia del hombre en los Andes Centrales.



Carlos Iván Degregori<sup>158</sup>, profesor de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, contextualizando el escenario regional, al detallar la estructura arcaica de la Región Ayacucho señaló:

*“El río Pampas nace en la laguna de Choclococha, paqarina o lugar de donde emergieron los ancestros míticos de las etnias que poblaron Ayacucho. A partir de allí, inicia un largo recorrido en forma de media luna hasta encontrarse con el río Apurímac. Si se sigue el curso hacia el norte del Apurímac hasta su confluencia con el río Mantaro, se advierte que Pampas, Apurímac y Mantaro, encierran un amplio territorio que desde muy temprano adquirió importancia en los Andes. Entre los siglos II y VII de nuestra era, se desarrolló allí la cultura Warpa. Entre los siglos VII y XII floreció el imperio Wari. Los restos de su capital, que llegó a tener alrededor de cincuenta mil habitantes, se encuentran a 20 km de la actual ciudad de Ayacucho. Entre los siglos XIV y XV la región formó parte de la confederación chanka, que disputó enconadamente con los incas el control de los Andes centrales. Fue luego de derrotar a los chankas, que los incas iniciaron su expansión y establecieron en la zona uno de sus centros administrativos más importantes: Vilcas Huamán. En 1539,*

<sup>157</sup> Wikipedia la Enciclopedia Libre. [homepage en Internet] [actualizada 16 febrero 2013; consultado 16 febrero 2013]. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Ayacucho>

<sup>158</sup> **DEGREGORI** Carlos Ivan. *¿Por qué apareció Sendero Luminoso en Ayacucho? El desarrollo de la educación y la generación del 69 en Ayacucho y Huanta.* En: Anne Pérotin-Dumon. *Historizar el pasado vivo en América Latina.* Disponible en:

[http://www.historizarelpasadovivo.cl/es\\_resultado\\_textos.php?categoria=Per%FA%3A+investigar+veinte+a%F10s+de+violencia+reciente&titulo=%BFPor+qu%E9+apareci%F3+Sendero+Luminoso+en+Ayacucho%3F+El+desarrollo+de+la+educaci%F3n+y+la+generaci%F3n+del+69+en+Ayacucho+y+Huanta](http://www.historizarelpasadovivo.cl/es_resultado_textos.php?categoria=Per%FA%3A+investigar+veinte+a%F10s+de+violencia+reciente&titulo=%BFPor+qu%E9+apareci%F3+Sendero+Luminoso+en+Ayacucho%3F+El+desarrollo+de+la+educaci%F3n+y+la+generaci%F3n+del+69+en+Ayacucho+y+Huanta)

*a algunos kilómetros al norte del asentamiento inca, los españoles fundaron una ciudad a la que dieron el nombre de San Juan de la Frontera de Huamanga. Durante la colonia, tuvieron allí su sede el obispado y la intendencia de Huamanga, fundándose en dicha ciudad, en 1677, la segunda universidad del virreinato: San Cristóbal”.*

Cabe precisar que la invasión, si bien sumió a las poblaciones andinas en nuevas formas de servidumbre y opresión, no alteró mayormente los límites regionales prehispánicos. De esta manera, a lo largo de la colonia se fue conformando allí la llamada área cultural Pokra-Chanka, tal como fuera bautizada por Arguedas, cuyas características centrales serían:

*a) la misma forma dialectal del quechua, el llamado “quechua ayacuchano”; b) una notable unidad folklórica musical –aunque de entraña asaz variada por acentos provinciales; c) una arquitectura popular de procedencia hispánica, pero muy aclimatada, cuya característica más sobresaliente es el amplio corredor, cuyo techo aparece sostenido por columnas de madera de base de piedra, de diseño y formas muy características; d) una serie de manifestaciones de arte popular: el danzante de tijeras [danzaq], las andas adornadas de cenefas y aparatos muy barrocos de cera, los “San Marcos”, llamados actualmente retablos, etcétera.<sup>159</sup>*

En la República, una vez emancipada de la colonia española, la estructura de tenencia de la tierra siguió al de la colonia y los criollos entraron de lleno al poder político. Por su parte, en la Región de Ayacucho había dos diferencias bien marcadas en la tenencia de la tierra, la parte norte de Ayacucho en el que predominaban las haciendas y los grandes latifundistas y al sur cruzando el río pampas, prevalecían las costumbres tradicionales y la identidad étnica se mantuvieron por carencia de la gran propiedad.

Las comunidades indígenas de la región de Ayacucho, durante esta época, tuvieron diversos enfrentamientos motivados por el abuso de los hacendados, cargas tributarias suprimidas en 1,853, apropiación de grandes extensiones de tierra y de calidad por parte de los curas, abuso de los gobernadores y litigio intercomunales, entre otros.

El arqueólogo ayacuchano Luis Guillermo Lumbreras ofrece un relato de cómo era considerado el “indio” en el Ayacucho de su infancia, allá por las décadas de 1940 y 1950.

*Todo el trabajo duro y sucio era de él y correspondía a su naturaleza. Ser indio significaba poder ser pisoteado, estropeado, significaba poder hacer cualquier cosa, incluso dormir a los pies de las personas, cuidar de ellas, morir de frío; el indio no debía tener hambre, él estaba habituado al hambre y, consecuentemente, si no tenía qué comer un día o dos, no importaba porque su naturaleza era así. Era algo menos*

<sup>159</sup> ARGUEDAS Jose Maria. *Notas elementales sobre el arte popular religioso y la cultura mestiza en Huamanga*. Revista del Museo Nacional. Tomo XXVI, Lima, 1958;27: 143.

*que una persona; no era persona. Ni siquiera sabía hablar castellano [...] Además, el indio era sucio, era lo peor, incluso en la comida. Cómo iba a tomar leche, por ejemplo. No le vayan a dar leche porque se enferma [...] El indio era como un niño; entonces había que enseñarle y azotarle públicamente para que vieran que no podía hacer cualquier cosa [...]*<sup>160</sup>

Sin embargo, por esos mismos años y de manera desigual, la situación de los “indios” comenzaba a cambiar, tanto en Ayacucho como en el resto del país. El avance del mercado, los medios de comunicación y las migraciones favorecieron procesos de organización campesina. Entre 1958 y 1964 una oleada de tomas de tierra remeció los Andes peruanos, cuyos protagonistas entre ellos ongoinos, liderado por Julio Mezich y Hugo Blanco, causaron revuelo, al intentar despojar tierras de los hacendados de Chacabamba, donde murieron 17 campesinos de la Comunidad Campesina de Kallapayoq. En Ayacucho el movimiento fue débil, pero el resquebrajamiento de la vieja estructura señorial se iba haciendo cada vez más evidente. La reforma agraria aplicada a partir de 1969, si bien incidió sólo secundariamente en la región, aceleró ese resquebrajamiento. En este sentido, el “Indio” comenzaba a dejar de ser sinónimo de siervo.<sup>161</sup>

Es imposible dejar de nombrar la década de los 80’ y 90’, los años más tristes de la historia de Ayacucho, donde Sendero Luminoso y la Fuerzas del Orden, dos organizaciones terroristas<sup>162</sup>, con la anuencia de la clase política gobernante de entonces, extendió muerte, dolor y tristeza en todo el ámbito del territorio de la región. Esto tuvo su origen y tiene una explicación. La CVR ha podido apreciar que conjuntamente con las brechas socio-económicas, el proceso de violencia puso de manifiesto la gravedad de las desigualdades de índole étnicocultural que aún prevalecen en el país<sup>163</sup>.

## 2. Pueblos Indígenas en el departamento de Ayacucho

Conforme a los conceptos señalados en los capítulos anteriores, las comunidades campesinas de la región Ayacucho, se encuadran perfectamente en el ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a sus derechos individuales y colectivos,

<sup>160</sup> LUMBRERAS, Luis Guillermo. *De señores, indios y subversivos, entrevista en “El zorro de abajo”*. Revista de Política y Cultura, Núm.3. Lima: noviembre-diciembre, 1985:56-57.

<sup>161</sup> DEGREGORI Carlos Ivan. Ob. cit.

<sup>162</sup> Terrorismo del Partido Político Sendero Luminoso y Terrorismo de Estado

<sup>163</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR). *Hatun Willakuy*, versión abreviada del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. 1ª ed. Lima: CVR; 2004. pp. 20-27

independientemente si estas comunidades estén tituladas o no, cohabiten en la ciudad o en el campo.

En efecto, en la sierra de Ayacucho, la mayoría de la población indígena se autodefine como “comunidades campesinas”, “comunidades alto andinas”, “comunidades quechuas”, e incluso “pueblos originarios”. Aunque difícilmente aceptan el término “indígena” por la carga negativa con la que a veces se relaciona este término; en los últimos años algunas comunidades están empezando a aceptar la denominación de “pueblos indígenas”, como forma de reivindicar su identidad y sus derechos.

Es así que en la Región de Ayacucho existen 654 comunidades campesinas quechuas con 118,904 familias, y dos comunidades nativas asháninkas, que se encuentran en la provincia de Huanta.<sup>164</sup>



Carnaval de Sarhua

<sup>164</sup> GORDON Graham, PEÑAFIEL Rocio. *Implementación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas*. Lima: Asociación Paz y Esperanza; mayo 2008. Informe Alternativo Ayacucho 2007-8.p. 16



**Desfile de comuneras por el aniversario de Chacolla Chuschi**

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Fundación Ford<sup>165</sup>, el departamento de Ayacucho, tiene 489,662 mil indígenas, llegando a representar un 81.1 % de la población total del departamento y el 7.5 % de la población indígena nacional.

---

<sup>165</sup> **RIBOTTA** Bruno. *Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Perú*. 1ª ed. Lima: CEPAL – Fundación Ford; Julio 2010. p. 17

**Cuadro N° 9**  
**Comunidades campesinas y nativas por provincia – 2010**

Provincia	Comunidades campesinas	Comunidades Nativas
Cangallo	60	-
Huamanga	172	-
Huancasancos	8	-
Huanta	96	2
La Mar	58	-
Lucanas	70	-
Parinacochas	43	-
Paucar del Sara Sara	19	-
Sucre	25	-
Victor Fajardo	40	-
Vilcas Huaman	63	-
Total	654	2

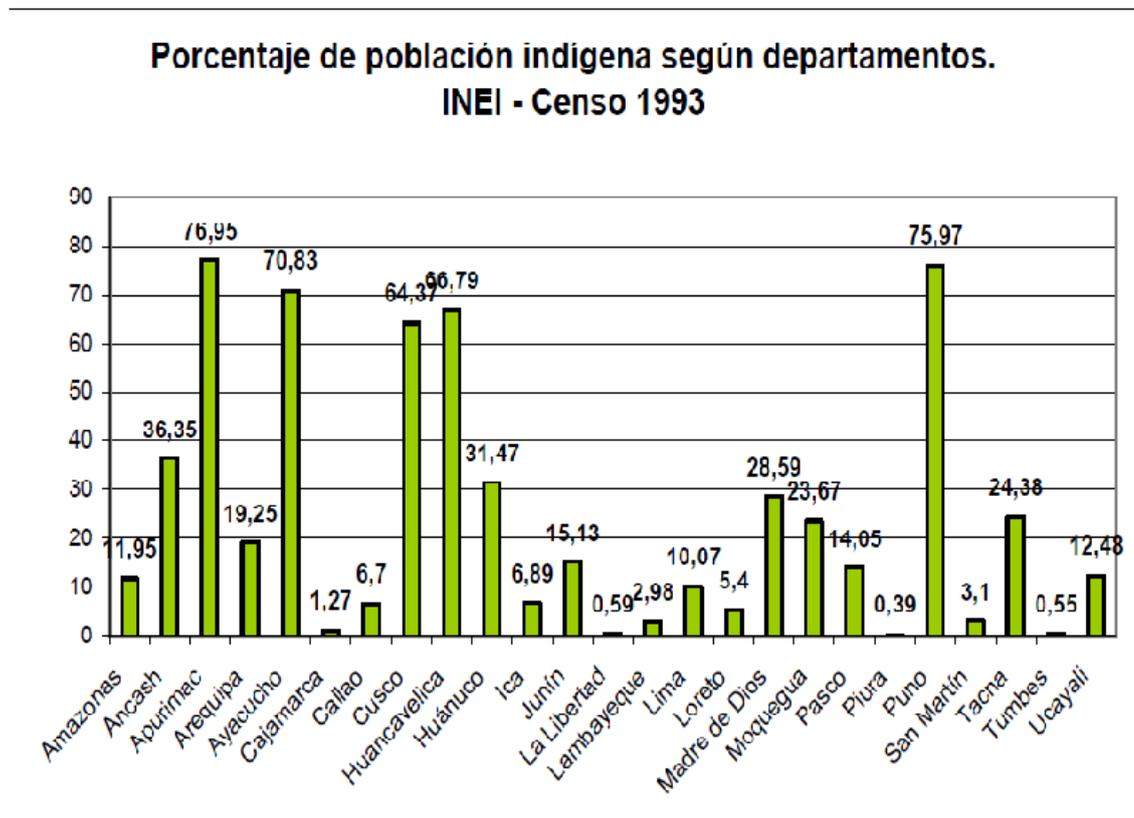
Fuente: Cofopri. Directorio de comunidades campesinas, 2010.

Elaborado: Pedro Castillo y Laureano del Castillo, 2012

La distribución de la población indígena en el Perú, según el criterio lingüístico, se observa en los resultados del Censo de 1993. Mientras que a nivel nacional, los resultados estuvieron alrededor del 20%; la distribución territorial tiene una fuerte concentración en las regiones del centro y surandino. Como observamos en el gráfico siguiente y según el criterio lingüístico, cinco departamentos, en el que esta incluida la Región Ayacucho, tienen más del 60% de la población indígena.

Apurímac el 76.95%, Ayacucho el 70.83%, Cusco el 64.37%, Huancavelica el 66.79% y Puno el 75.97%, en donde la mayoría de la población son quechua hablantes (42.23%) y aymaras (32.61%).

Grafico N° 02



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

### 3. Situación minera de Ayacucho

#### 3.1. Concesiones Mineras

En Ayacucho, como en buena parte del sur andino, se registra un aumento sostenido del área concesionada en la mayoría de sus provincias.

Conforme a los informes cartográficos sobre concesiones mineras en el Perú, elaborado por Cooper Acción, a junio del año 2011, las concesiones mineras (tituladas, en trámite, extintos y planta de depósito de relaves), abarcaron los 1'394,359.6 hectareas del territorio de toda la región, que representa los 31.82%<sup>166</sup>, de los cuales acorde a la publicación del Ministerio de Energía y Minas<sup>167</sup>, las concesiones mineras otorgadas (solo concesiones mineras tituladas),

<sup>166</sup> COOPER ACCIÓN. Ob. Cit., p. 2

<sup>167</sup> INGEMET. Unidades Mineras en Producción y Proyectos de Exploración. Ministerio de Energía y Minas. Disponible: en <http://www.minem.gob.pe/-publicación.php?idSector=1&idPublicación=407>

sumaron los 2,103.00, que abarcó los 1'025,224.00 hectáreas que representa el 23.40%; area en producción 7,802 hectareas, que representa 0.18%, area en exploración 19,730 hectareas, que representa 0.45%, esto actualizado al mes de junio del año 2011.

Cabe precisar, de los archivos obtenidos en las visitas realizadas a INGEMET, se pudo contabilizar que desde 02 de febrero del año 1995 (fecha en que entró en vigencia el Convenio 169) hasta 06 de setiembre del año 2011 (fecha en que se promulgó la Ley de consulta previa N° 29785), se otorgaron 1,660.00 concesiones mineras (tituladas).

Estas cifras han causado gran preocupación en las comunidades campesinas que hoy ven amenazada la estabilidad ambiental y cultural de sus jurisdicciones por la futura llegada de más actividades mineras hacia sus zonas.

Entre la empresas mineras con mayor presencia en la región destacan: Newmont Perú, con 120 concesiones mineras, ocupando un área de 99,600 hectáreas; Catalina Huanca, con 93 concesiones mineras, ocupando un área de 74,752 hectáreas; Minera del Suroeste, con 80 concesiones que ocupan un 67,000 hectáreas; Minera ABX Exploraciones, con 45 concesiones mineras que ocupan un área de 31,496 hectáreas; Minera Ares, con 52 concesiones, ocupando un área de 30,353 hectáreas; Doe Run posee 28 concesiones mineras tituladas, ocupando un área de 26,900 hectáreas; Teck Cominco, con 23 concesiones ocupando un área de 16,000 hectáreas.

Ya que estamos hablando de las empresas mineras, vale citar y recordar a la famosa empresa minera Catalina Huanca, ubicada en los distritos de Canaria, Apongo, Huancapi y Huaya en la provincia de Víctor Fajardo, quien en marzo del 2009, fue sancionada (si es que se le puede llamar sanción) por la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) por contaminar con arsénico y plomo los ríos Mishca, Maschón, Sondondo, Macro y Pampas. La sanción económica fue tan infima en proporción al daño ocasionado, que solo citarla ofendería a la razón humana.

Cuadro N° 10

**SUPERFICIES CON CONCESIONES MINERAS POR PROVINCIAS EN LA REGIÓN DE  
AYACUCHO – 2011**

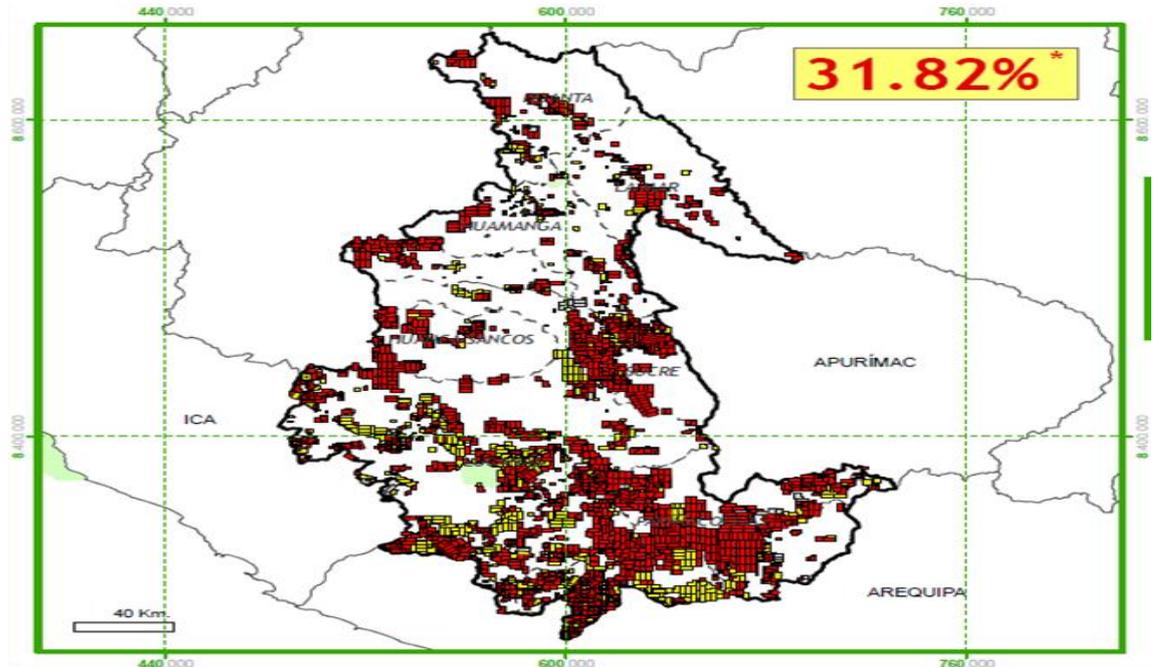
SUBESPACIOS	% CONCESIONADO
SUR	
Lucanas	39.7%
Parinacochas	58.42%
Paucar de Sara Sara	42.71%
CENTRO	
Huancasancos	20.19%
Sucre	34.6%
Victor Fajardo	31.95%
Cangallo	26.34%
VilcasHuaman	25.02%
-NORTE	
Huanta	9.11%
La Mar	9.17%
Huamanga	12.72%
TOTAL	

Elaboración Propia

Fuente: Informe Cartográfico sobre concesiones mineras en el Perú – Ayacucho Junio 2011, elaborado por Cooper Acción.

Es notorio que la parte sur de la Región especialmente la provincia de Parinacochas, cuenta con la mayor concentración de superficie con concesión minera (58.42%), seguido por la provincia de Paucar del Sara Sara con (42.71%) y la provincia de Lucanas con (39.7%) evidenciando un mayor potencial minero el sur de la región.

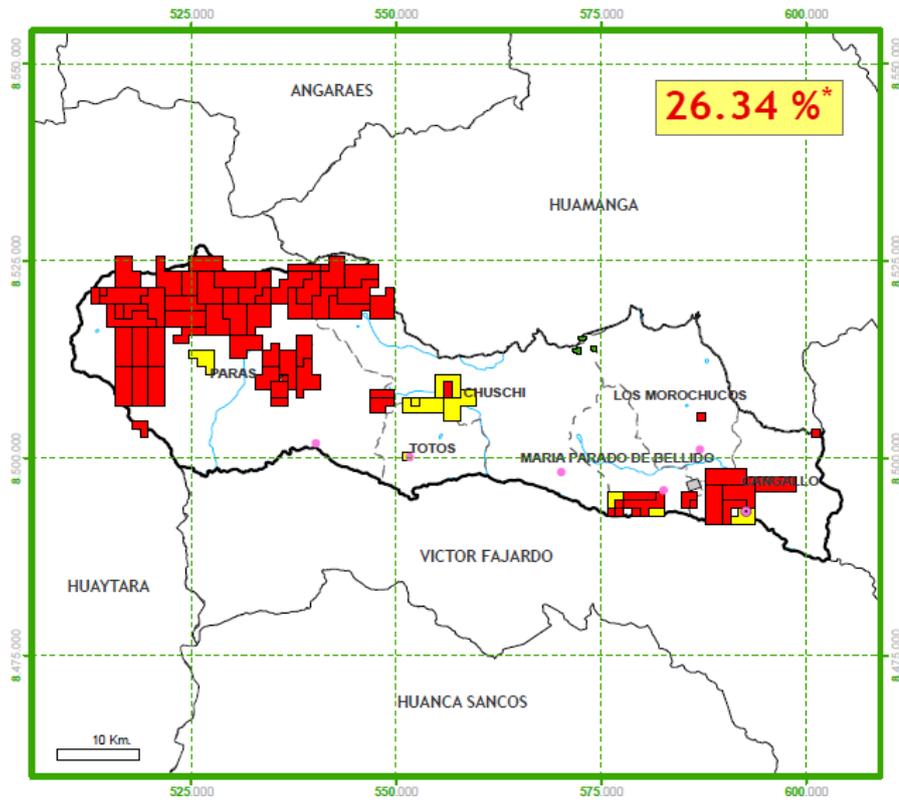
**Grafico N° 03**  
**Mapa (Concesiones Mineras)**



En este breve periodo, la región Ayacucho ha registrado un incremento en sus áreas dadas en concesión para la actividad minera; pasando de 9.62% en el año 2002, a 31.82%, en junio 2011.

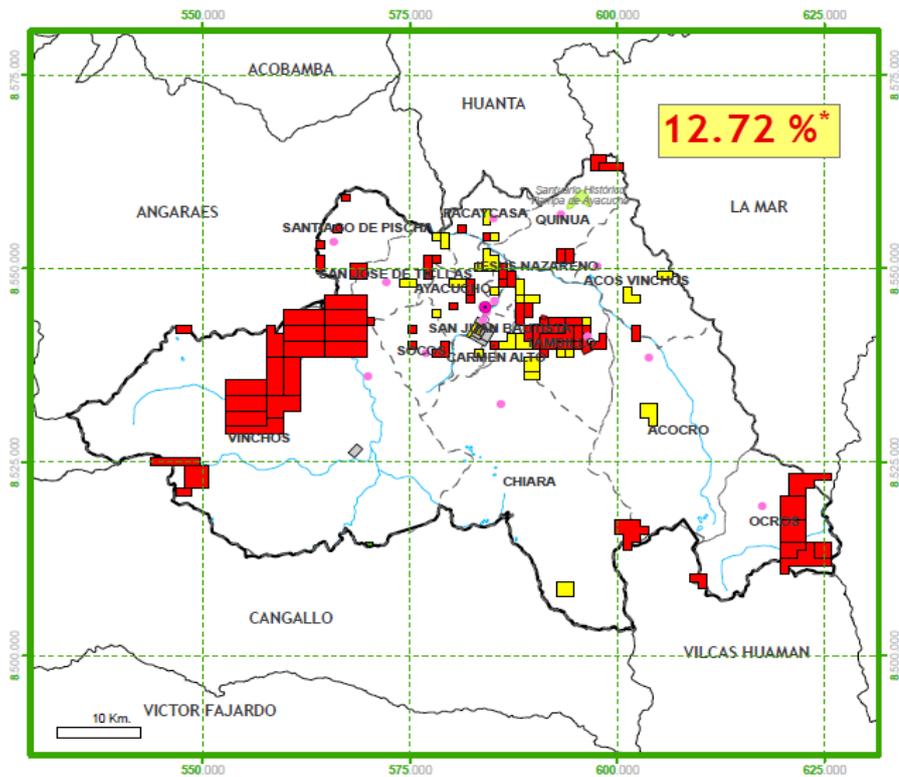
Algunas estadísticas del Ministerio de Energía y Minas, señalan que en la región de Ayacucho, existen: 91 pasivos ambientales mineros, 48 unidades en producción, 7 plantas de beneficio, 17 proyectos mineros y 51 minas abandonadas.

### PROVINCIA DE CANGALLO



Distrito	Ocupación	
	ha	%
CANGALLO	419987.10	22.69
CHUSCHI	630091.97	15.30
LOS MOROCHUCOS	114648.66	4.61
MARIA PARADO DE BELLIDO	227788.31	17.37
PARÁS	343189.40	44.05
TOTOS	99996.95	8.67

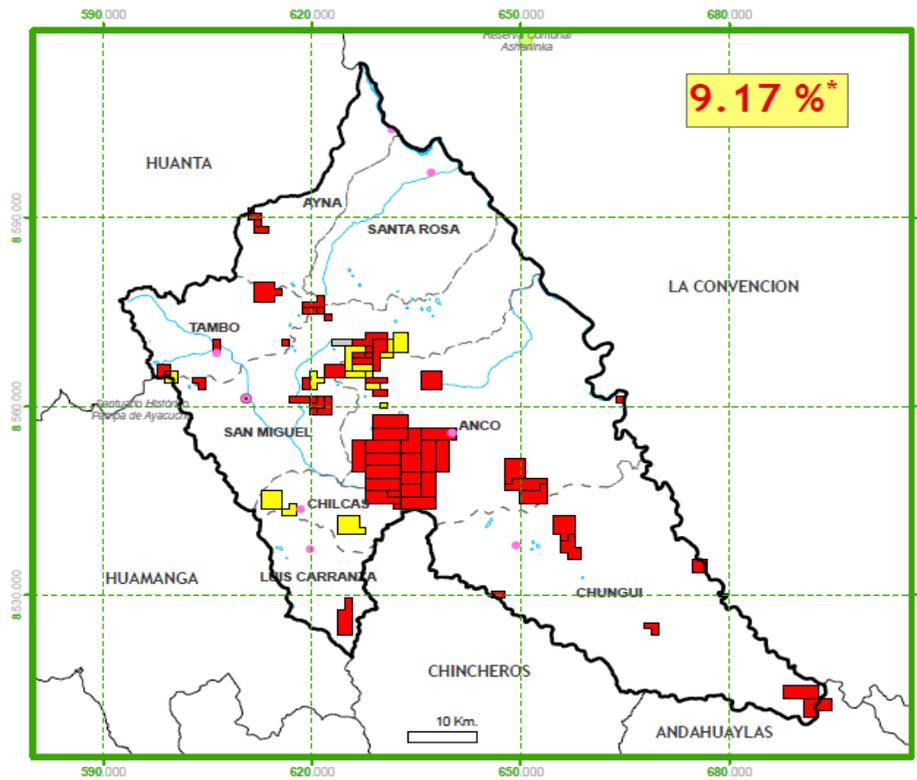
### PROVINCIA DE HUAMANGA



Distrito	Ocupación	
	ha	%
ACOCRO	49998.50	1.29
ACOS VINCHOS	69997.92	4.54
AYACUCHO	90714.57	11.08
CARMEN ALTO	74870.26	36.04
CHIARA	159995.15	3.22
JESUS NAZARENO	109996.74	64.39
OCROS	499984.83	24.65
PACAYCASA	49998.52	8.49
QUINUA	100995.55	8.32
SAN JOSE DE TICLLAS	301191.03	31.87
SAN JUAN BAUTISTA	10114.37	5.63
SANTIAGO DE PISCHA	89997.33	9.68
SOCOS	59998.21	7.30
TAMBILLO	574133.48	32.02
VINCHOS	1469356.01	15.46

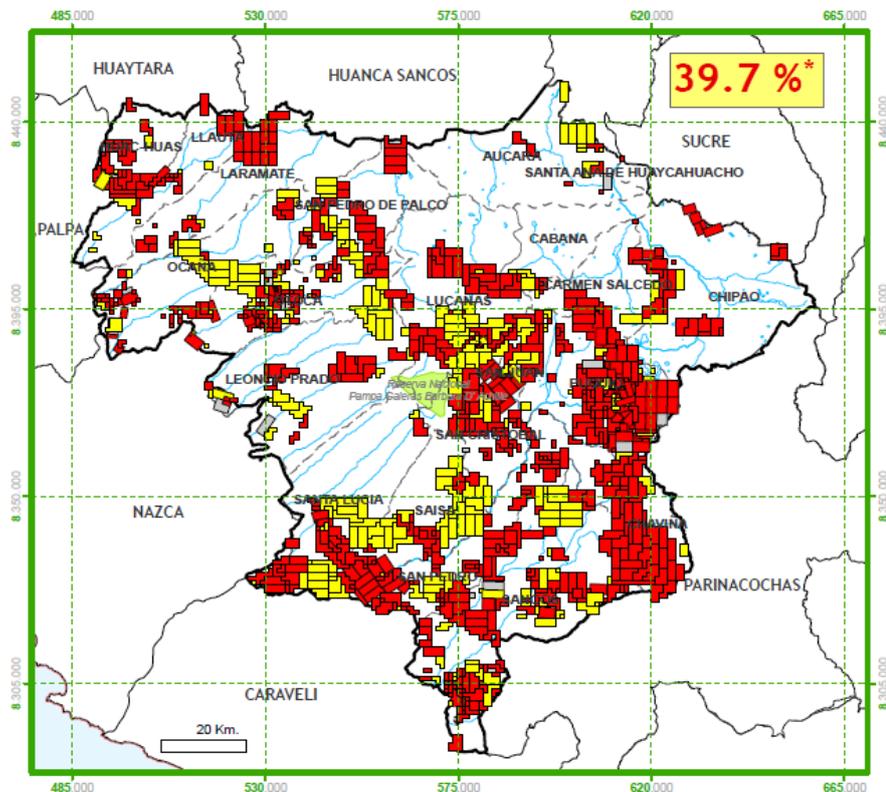


### PROVINCIA DE LA MAR



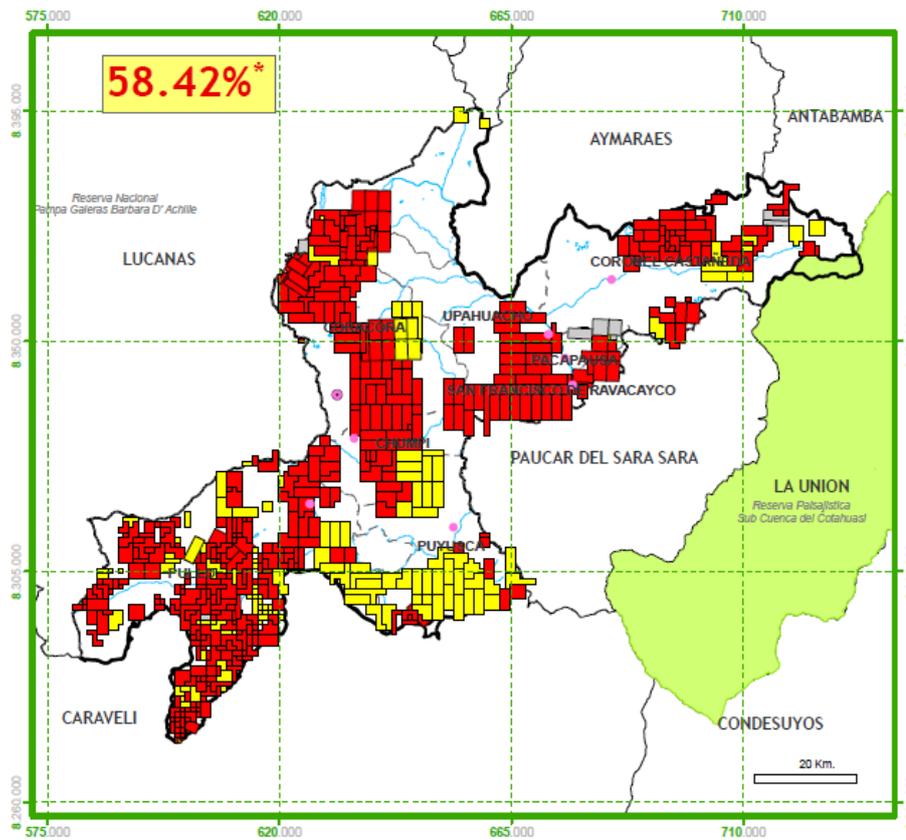
Distrito	Ocupación	
	ha	%
ANCO	2249933.36	21.34
AYNA	59998.27	2.17
CHILCAS	309990.75	20.18
CHUNGUI	469985.84	4.39
LUIS CARRANZA	99996.99	4.74
SAN MIGUEL	499985.30	6.74
SANTA ROSA	0.00	0.00
TAMBO	260064.73	8.36

### PROVINCIA DE LUCANAS



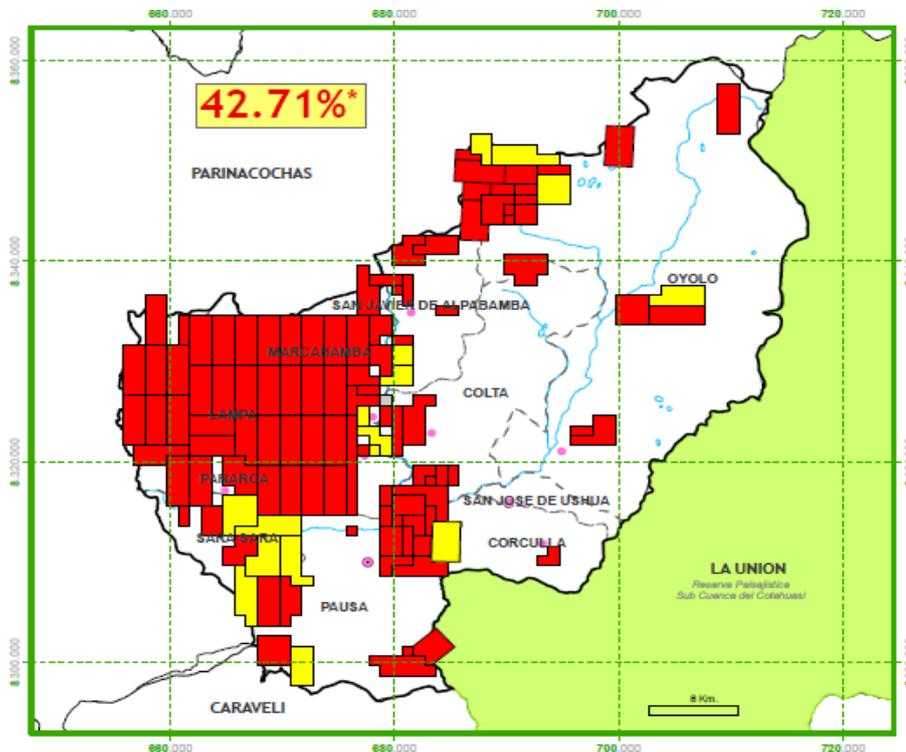
Distrito	Ocupación	
	ha	%
AUCARA	1029967.15	11.80
CABANA	649978.90	16.07
CARMEN SALCEDO	1129775.98	24.41
CHAVIÑA	2820637.22	76.78
CHIPAO	1919128.27	16.60
HUAC-HUAS	1419582.05	45.50
LARAMATE	1489952.26	19.09
LEONCIO PRADO	2697910.92	24.29
LLAUTA	1279559.22	26.00
LUCANAS	5941733.36	49.19
OCADA	2648583.39	30.95
OTOCA	3942970.35	54.96
PUQUIO	7013388.07	81.15
SAISA	3139699.09	54.46
SAN CRISTOBAL	2089046.52	51.41
SAN JUAN	510559.92	109.15
SAN PEDRO	3371429.30	46.30
SAN PEDRO DE PALCO	1859940.15	35.72
SANCOS	8373056.92	55.78
SANTA ANA DE HUAYCAHUAC	0.00	0.00
SANTA LUCIA	3998147.36	38.80
AUCARA	1029967.15	11.80

### PROVINCIA DE PARINACOCHAS



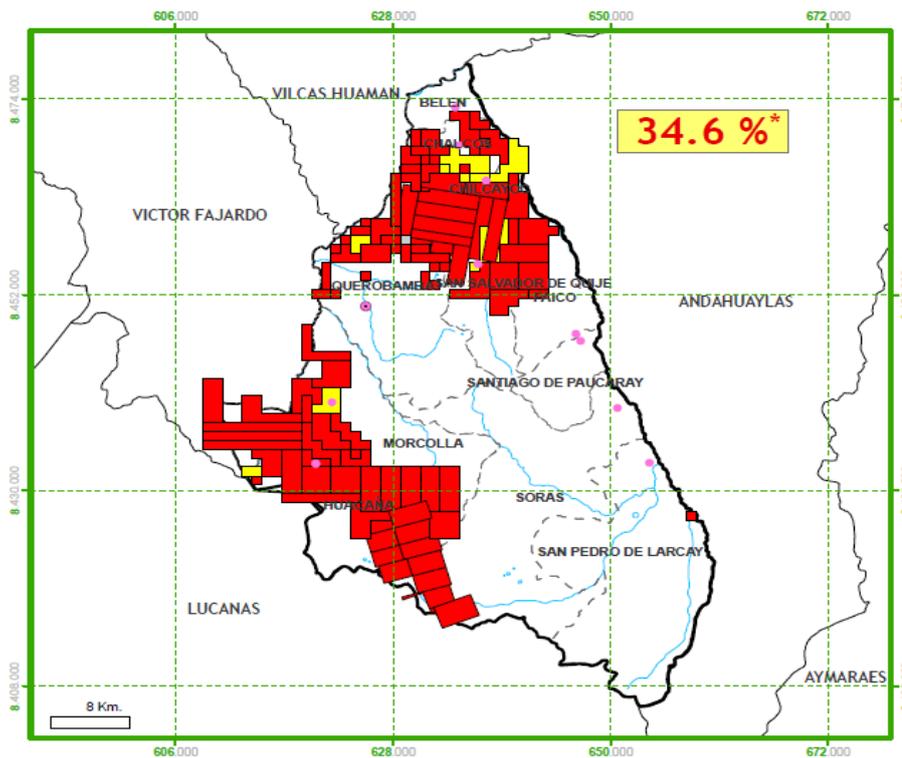
Distrito	Ocupación	
	ha	%
CHUMPI	2469916.42	66.39
CORACORA	7578859.28	54.56
CORONEL	4008631.44	36.80
CASTAEDA		
PACAPAUZA	1076698.57	73.30
PULLO	12072278.81	77.20
PUYUSCA	4304742.22	66.96
SAN FRANCISCO DE RAVACAY		
SAN FRANCISCO DE RAVACAYCO		
UPAHUACHO	2303221.77	39.90

### PROVINCIA DE PAUCAR DE SARA SARA



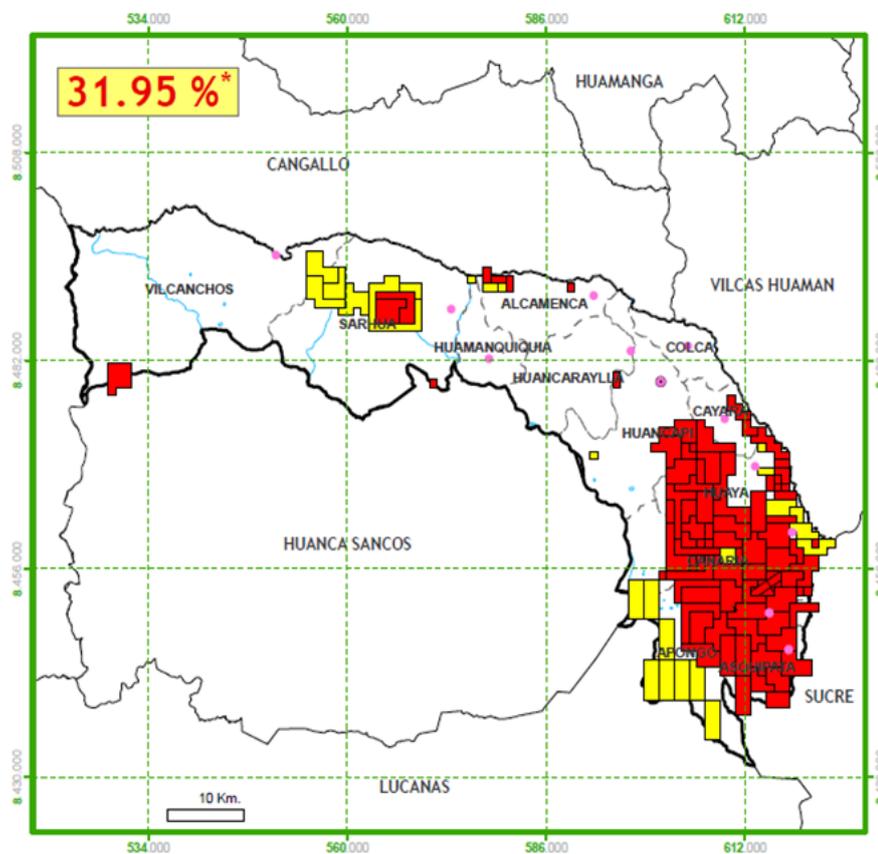
Distrito	Ocupación	
	ha	%
COLTA	579900.93	23.35
CORCULLA	629531.88	62.11
LAMPA	2489915.46	88.64
MARCABAMBA	1239958.01	103.06
OYOLO	1628944.86	20.56
PARARCA	479983.64	85.72
PAUSA	789840.82	31.45
SAN JAVIER DE ALPABAMBA	399986.49	34.11
SAN JOSE DE USHUA	0.00	0.00
SARA SARA	649977.77	75.83

### PROVINCIA DE SUCRE



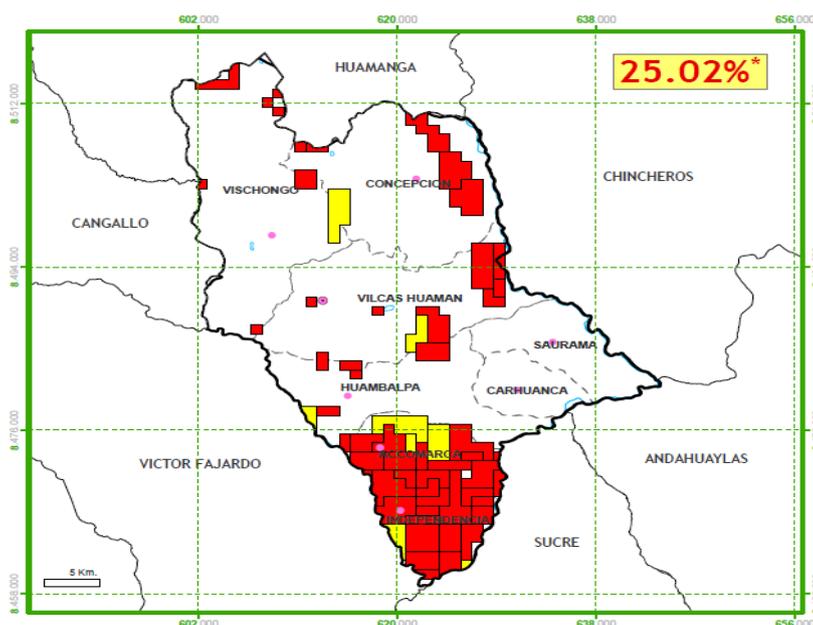
Distrito	Ocupación	
	ha	%
BELEN	0.00	0.00
CHALCOS	479985.02	87.92
CHILCAYOC	218839.07	73.37
HUACABA	1040966.20	72.38
MORCOLLA	1968013.89	68.25
PAICO	108996.54	11.54
QUEROBAMBA	1233406.15	43.81
SAN PEDRO DE LARCAY	9999.68	0.32
SAN SALVADOR DE QUIJE	963143.83	78.14
SANTIAGO DE PAUCARAY	0.00	0.00
SORAS	99996.69	2.84

### PROVINCIA DE VICTOR FAJARDO



Distrito	Ocupación	
	ha	%
CANARIA	2410917.11	91.21
VICTOR FAJARDO	7240765.69	36.21
ALCAMENCA	99996.92	8.62
APONGO	1149963.57	65.30
ASQUIPATA	789974.96	110.76
CAYARA	179994.39	28.36
COLCA	0.00	0.00
HUAMANQUIQUIA	9999.69	1.38
HUANCAPÍ	489984.73	20.43
HUANCARAYLLA	0.00	0.00
HUAYA	1179963.04	75.34
SARHUA	729977.47	19.31
VILCANCHOS	199993.82	4.00

## PROVINCIA DE VILCAS HUAMAN



Distrito	Ocupación	
	ha	%
ACCOMARCA	849973.53	98.06
CARHUANCA	0.00	0.00
CONCEPCION	449986.25	19.68
HUAMBALPA	199993.80	12.39
INDEPENDENCIA	989969.02	112.80
SAURAMA	0.00	0.00
VILCAS HUAMAN	339989.52	15.45
VISCHONGO	189994.21	6.85

### 3.2. Crisis por la minería en Ayacucho.

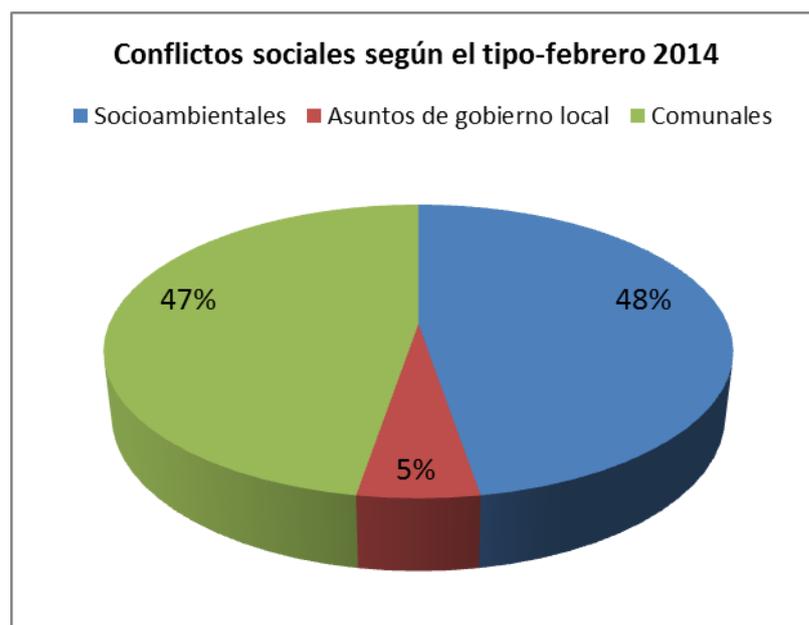
En los últimos años, en la región de Ayacucho, se ha producido constantes conflictos sociales, la mayoría de ellas relacionado a la actividad extractiva, específicamente por asuntos socio ambientales.

Según el reporte mensual de conflictos de la Defensoría del Pueblo<sup>168</sup> hay 11 conflictos activos y 1 latente en la región de Ayacucho. De ellos 9 de tipo socio ambiental (activos) que se relacionan con la minería, 1 conflicto por Asuntos de Gobierno Local (latente) y 2 de tipo comunal (activos).

<sup>168</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Reporte de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo N° 120 de febrero 2014*. Lima: Defensoría del Pueblo; 2014. Disponible en: Reporte web: [www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/](http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/)

**Cuadro N° 11****Conflictos socioambientales según el tipo-febrero 2014**

Tipo	N° de casos
Socioambientales	9
Asuntos de gobierno local	1
Comunales	9
Total	19

**Grafico N° 04**

Otro aspecto preocupante en la región Ayacucho, está relacionado a la minería informal. Según Wilfredo Ocorima, Presidente Regional de Ayacucho, en la declaración a la Agencia Andina<sup>169</sup>, señaló que hay 25,000.00 personas dedicadas a la minería informal. Detalló que la mayoría de estos trabajadores opera en las localidades de Coracora, Pausa y Puquio, capitales de las provincias de Parinacochas, Páucar del Sara Sara y Lucanas, respectivamente; así como en la provincia de Sucre.

<sup>169</sup> Andina Agencia Peruana de Noticias de fecha 24 de enero 2012.

La autoridad regional especificó que en las referidas localidades se extraen diversos minerales, en especial oro.

Sobre los pasivos ambientales mineros en el departamento de Ayacucho, vale citar los datos obtenidos de la Dirección Técnica Minera del Ministerio de Energía y Minas:

**Cuadro N° 12**

Departamento	2003	2006	2010	2011
Ayacucho	53	69	91	101

Fuente: Dirección Técnica Minera del Ministerio de Energía y Minas (R.M. N° 267-2011-MEM-DM).

Elaboración propia

## **CAPÍTULO VII: PRESENTACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.**

Como parte de la investigación documental, se procedió a elaborar un análisis de diecinueve expedientes administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, desde el año 1995 al 2011, dentro del territorio de las comunidades campesinas del departamento de Ayacucho.

Asimismo se encuestó a una autoridad por cada comunidad involucrada con la concesión minera, haciendo un total de diecinueve autoridades comunales de la Región de Ayacucho. Esta información nos fue sumamente útil, para contrastar nuestra hipótesis, por dos razones: Acreditaba que efectivamente la mayoría de las comunidades campesinas son pueblos indígenas, así como pudimos corroborar que no se había implementado el procedimiento de consulta previa en las concesiones mineras en el periodo bajo estudio, conforme detallaremos más adelante.

### **1. Presentación de Resultados**

Los hallazgos más relevantes de la presente investigación se describen a continuación:

**1.1. Universo.** Representado por pueblos indígenas de la Región de Ayacucho involucrados con las concesiones mineras, así como por expedientes administrativos de concesiones mineras otorgadas en la Región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011. En ese sentido, existen dos (02) universos que se analizan, puesto que el objeto de investigación es complejo, y tiene variables interdependientes como son pueblos indígenas, y expedientes administrativos, de ahí la necesidad de hacer un análisis a dos niveles, que implicará contar con dos universos y muestras distintas, pero que se correlacionan.

**1.2. Muestra.** El procedimiento utilizado fueron búsqueda documental y encuestas:

a) Análisis documental de diecinueve (19) expedientes administrativos de concesiones mineras, otorgadas por Ministerio de Energía y Minas en la Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al año 2011, para identificar las concesiones que no fueron objeto de consulta previa.

b) Encuesta a diecinueve (19) autoridades comunales, con fines de acreditar que efectivamente son pueblos indígenas, así como verificar el cumplimiento de la consulta previa en el periodo 1995 al 2011.

## **2. Procesamiento y Análisis Estadístico de Resultados**

**2.1 De los expedientes administrativos de concesión minera** que se analizaron en la presente investigación se detallan en el cuadro que aparece a continuación:

Cuadro N° 13

EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE CONCESION MINERA OTORGADAS POR MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS EN LA REGION AYACUCHO EN EL PERIODO 1995 AL 2011													
	CONCESION MINERA	TITULAR	CODIGO	Ha	RESOLUCION - TITULO	FECHA DE RESOLUCION TITULO	PROVINCIA	DISTRITO	COMUNIDAD CAMPESINA INVOLUCRADA Y ENCUESTADA	SITUACION	PARTICIPACIÓN CIUDADANA	APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA	OBSERVACIONES
1	KARITO UNO	CATALINA HUANCA SOCIEDAD MINERA S.A.C.	010098204	300	03880-2004-INACC/J	28/10/2004	VICTOR FAJARDO	CANARIA	TACA	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende la Unidad de Producción Catalina Huanca
2	INCAPACHA DOS	FRESNILLO PERU SAC	010072810	100	000772-2011-INGEMMET/PCD/PM	13/03/2011	LUCANAS	CARMEN SALCEDO	ANDAMARCA	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRA	TALLE INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Incapacha
3	COMPLEMENTO DOS 2005	MINERA EL DORADO S.A.	010067205	500	02073-2005-INACC/J	13/05/2005	VICTOR FAJARDO	HUAYA	HUALLA	VIGENTE/ EXPLORACIÓN SUSPENDIDA	TALLER INFORMATIVO	NO	Suspendido por conflicto con la comunidad
4	REALIDAD 2004	MINERA EL DORADO S.A.	010285404	600	00718-2005-INACC/J	20/02/2005	VICTOR FAJARDO	CANARIA/ HUAYA	TIQUIHUA	VIGENTE/ EXPLORACIÓN SUSPENDIDA	TALLER INFORMATIVO	NO	Suspendido por conflicto con la comunidad)
5	APURIMAC 41	TORRINE S.A.C	010146195	1000	4353-96-RPM	31/07/1996	LUCANAS	CHAVIÑA/ SANCOS	PARA	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Apumayo a cargo de la Empresa Minera Anabi.
6	CATALINA HUANCA NUMERO	CATALINA HUANCA SOCIEDAD	010049904	900	02622-2005-INACC/J	27/06/2005	VICTOR FAJARDO	APONGO/ CANARIA	RACCAYA	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende la Unida de Producción

	NUEVE	MINERA S.A.C.											Catalina Huanca
7	NANCY I	TORRINE S.A.C	010258703	1000	03957-2003-INACC/J	03/12/2003	LUCANAS	SANCOS/ CHAVIÑA	SANCOS	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Sancos a cargo de Santa Bárbara Resources Perú S.A.C. Etapa Avanzada de Exploración
8	MERCEDES 21	COMPANIA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A	030024103	9000	RJ N 03547/2004-INACC/J	2004	PARINACOC HAS	CHUMPI	CARHUANILLA	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende la Unidad de Producción Breapampa a cargo de la misma empresa concesionaria.
9	JUPITER TRECE	CORPORACION MINERA CASTROVIR REYNA S.A.	010036201	200	01050-2001-INACC/J	18/09/2001	CANGALLO / HUAYTARA	PARAS / PILPICHACA	PARAS	VIGENTE/ EXPLORACION EN EVALUACION	NO APLICA	NO	
10	QULQI QHUYA 9	COMPANIA MINERA RIO AZUL S.A.	010269010	1000	004003-2010-INGEMMET/PCD/PM	09/11/2010	LUCANAS	PUQUIO	PICHCCACHURI	VIGENTE/ EXPLORACION EN EVALUACION	NO APLICA	NO	
11	HUACO CUCHO CUATRO	ANDES EXPLORATION OF PERU NUMERODOS S.A.C.	010152407	800	002559-2007-INACC/J	19/06/2007	SUCRE	MORCOLLA	TINTAY	VIGENTE/ EXPLORACION EN EVALUACION	NO APLICA	NO	

1 2	PALLA PALLA	COMPAÑIA MINERA CONSTANZA S.A.C	010134604	1000	02716-2004-INACC/J	28/08/2004	PARINACOC HAS	CORACORA	NEGRO MAYO, HUAYCCOHUASI Y PALLCCARANA	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO EN C.C. NEGRO MAYO 28/11/2009. ENTREVISTA LAS C.C. DE HUAYCCOHUASI Y PALLCCARANA 16 y 17.12.2008	NO	Comprende el Proyecto Minero Palla Palla.
1 3	BREAPAMPA	SOUTH AMERICA MINING INVESTMENT S.A.C	010134604	1000	02716-2004-INACC/J	28/08/2014	PARINACOC HAS	CHUMPI	CARHUANILLA TUCSI	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Breapampa
1 4	ACUMULACION PALLANCATA	COMPAÑIA MINERA ARES S.A.C	010000111L	1591 5.30 27	005285-2011-INGEMMET/PCD/PM	28/12/2011	PARINACOC HAS	CORONEL CASTAÑEDA	PALLANCATA	VIGENTE/ PRODUCCION	TALLER INFORMATIVO	NO	
1 5	AYAHUANCA 476	GEOANDINA EXPLORACIONES S.A.C	010179604	1000	02965-2004-INACC/J	19/08/2004	LUCANAS	CHAVIÑA/ SANCOS	PARA/SANCOS	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprendo el Proyecto Minero Ayahuanca
1 6	PUMA 1	VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A	010359307	1000	001610-2007-INGEMMET/PCD/PM	11/10/2007	LA MAR	ANCO/CHILCAS	ANCO Y ANEXOS	VIGENTE / EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Huiniccasa
1 7	VALENTINA ROCIO V	INFINITA QULQUITIKA PERU S.A.C	010173504	1000	02906-2004-INACC/J	12/08/2004	PARINACOC HAS	CHUMPI	CHUMPI	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Chilapucro
1 8	TAMBO DEL CONDOR 1	COMPAÑIA MINERA TAMBO DEL CONDOR	010227497	400	7481-97-RPM	30/10/2007	CANGALLO	PARAS	LICAPA	VIGENTE / EXPLORACION FASE AVANZADA	TALLER INFORMATIVO	NO	Comprende el Proyecto Minero Titiminas

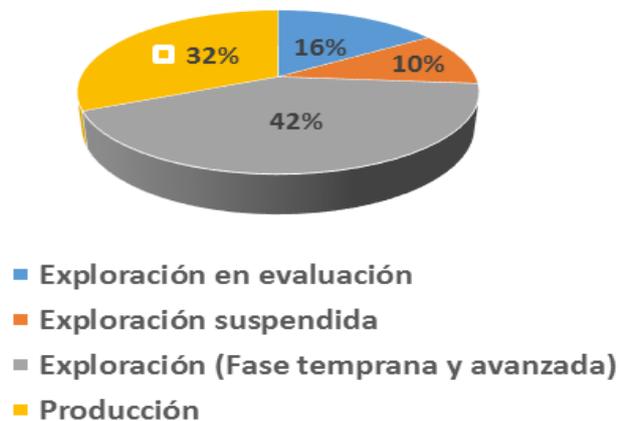
19	CHURIAC 5	MINERA NIÑOBAMBA S.R.L	010285308	100	004387-2007-INGEMM ET/PCD/PM	29/12/2009	CANGALLO	PARAS	TUNSULLA	VIGENTE/ EXPLORACION FASE TEMPRANA	TALLER INFORMATIVO 14.02.2009	NO	Comprende el proyecto Minero Tunsulla
----	-----------	------------------------	-----------	-----	------------------------------	------------	----------	-------	----------	------------------------------------	-------------------------------	----	---------------------------------------

Fuente: Datos obtenidos de la Dirección de Concesiones Mineras del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (Mapas Catastrales), con código de permiso respectivo, así mismo estos datos fueron complementadas en las seis visitas realizadas a la entidad antes mencionada, en los meses agosto, setiembre y octubre 2014, actualizadas en el año 2015, donde se pudo revisar cada uno de los expedientes administrativos de concesión minera.

Cuadro N° 14 y Gráfico N° 5

<b>Situación actual de las concesiones minera</b>	
Exploración en evaluación	3
Exploración suspendida	2
Exploración (Fase temprana y avanzada)	8
Producción	6
<b>Total</b>	<b>19</b>

### **% de la situación actual de las concesiones mineras**



De acuerdo a los datos obtenidos de los 19 expedientes administrativos, el 42% de los titulares de concesiones mineras en la fecha se encuentran realizando actividades de exploración minera a fin de identificar la cantidad y calidad del mineral en las cuadrículas obtenidas; el 32% se encuentra en producción, quienes en sus actividades de operación presentaron diversos conflictos sociales, basta para ello mencionar a la Unidad Minera Catalina Huanca, el 16% viene realizando trámites ante diferentes entidades públicas

competentes, a fin de obtener licencias que les permita iniciar actividades de exploración en el área concesionada; por último el 10% de las concesiones se encuentran en la fecha paralizadas a pesar de cumplir con el procedimiento establecida por la Ley General de la Minería y Normas conexas, esto debido a la relación de conflicto permanente que llevan con las comunidades campesinas, quienes se oponen por diversas razones, entre ellas el temor a daños socio ambientales, pagos ínfimos por el uso del terreno superficial, oportunidades laborales y otros.

**Cuadro N° 15 y Gráfico N° 06**  
**Participación ciudadana - Talleres informativo**

Taller informativo exploración en evaluación (No aplica taller informativo por estar en evaluación)	3
Taller informativo en exploración suspendida	2
Taller informativo en exploración (Fase temprana y avanzada)	8
Taller informativo en producción	6
<b>Total</b>	<b>19</b>



En los 42% y 32% de las concesiones mineras de exploración en su fase temprana y avanzada, y producción respectivamente, del grupo de los expedientes administrativos materia del presente análisis, los titulares de las concesión minera cumplieron con realizar los talleres informativos, conforme lo establece el Decreto Supremo N° 028-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero). El 10% de los titulares de la concesión, apesar de haber cumplido con los talleres informativos, sus actividades de exploración están suspendidas, por conflictos sociales. El 16% restantes de las concesiones se encontraban aun en trámite que les permita iniciar labores de exploración minera, después del cual conforme a la norma antes mencionada estarían obligadas a llevar acabo los talleres informativos. En esta parte cabe señalar, que una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse, los órganos de control normativo de la Organización Internacional de Trabajo, es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros tramites de audiencia o de información, como los antes mencionados. Según han reiterado estos órganos, que, una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. De ninguna manera se debe entender que el Estado puede compartir su obligación con las empresas privadas que planean realizar actividades, pues el Estado debe asegurar un proceso de consulta imparcial.

**Cuadro N° 16 y Gráfico N° 7**  
**Aplicación del procedimiento de consulta previa**

NO	19
SI	0
TOTAL	19



Del análisis de los 19 expedientes administrativos de concesión minera, se pudo constatar que en ninguna de ellas se aplicó el procedimiento de consulta previa, conllevando la violación del derecho constitucional de consulta previa por parte del Estado peruano, a través del Ministerio de Energía y Minas en el periodo 1995 al 2011.

A mayor abundamiento vamos analizar los resultados de las encuestas formuladas a los actores sociales involucrados en el mencionado procedimiento administrativo.

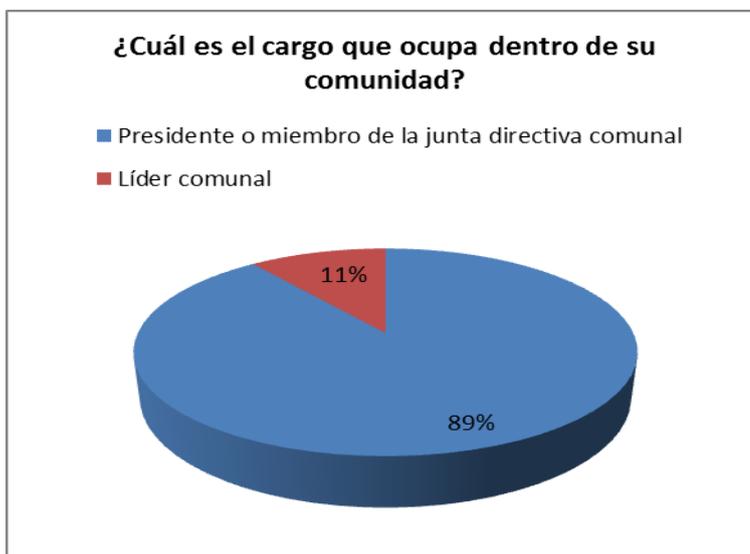
## 2.2. De las autoridades de las comunidades campesinas involucradas con la concesión minera.

Esta primera parte de la encuesta, tiene por objetivo identificar si las poblaciones donde recae las concesiones mineras son verdaderamente pueblos indígenas. Es así que pasamos a detallar cada una de las preguntas realizadas.

1. *¿Cuál es el cargo que ocupa dentro de su comunidad?*

Cuadro N° 17 y Gráfico N° 8

Presidente o miembro de la junta directiva comunal	17
Líder comunal	2
Total	19



De acuerdo a los datos obtenidos, el 89% de los entrevistados fueron presidentes comunales y 11% líderes comunales, la misma que permitió obtener una información más confiable.

2. ¿De cuál de las culturas descende en su mayoría la población de su comunidad?

Cuadro N° 18 y Gráfico N° 9

Chanka	11
Inca	5
Español	0
Otros	3
Total	19

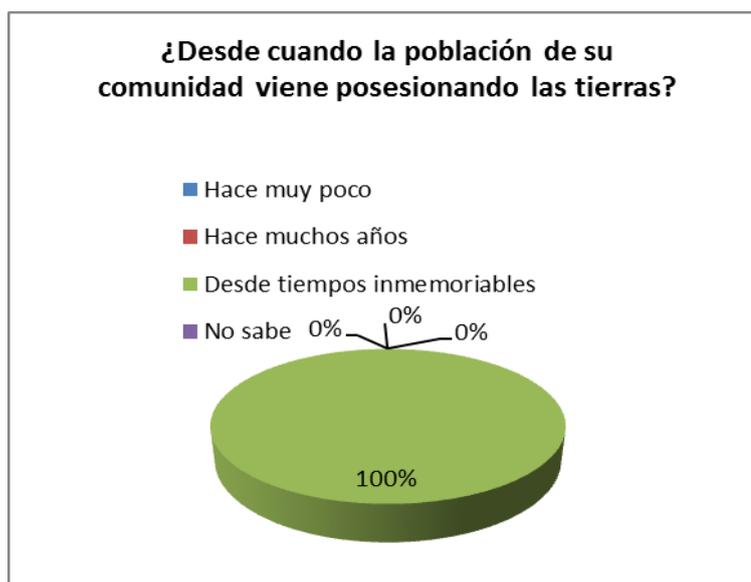


De los entrevistado 58% manifestaron que tenían origen en la cultura Chanka, 26% de la cultura Inca y 16% de otras culturas como los Pokra y los Rucanas.

3. ¿Desde cuando la población de su comunidad viene posesionando las tierras?

Cuadro N° 19 y Grafico N° 10

Hace muy poco	0
Hace muchos años	0
Desde tiempos inmemoriales	19
No sabe	0
Total	19

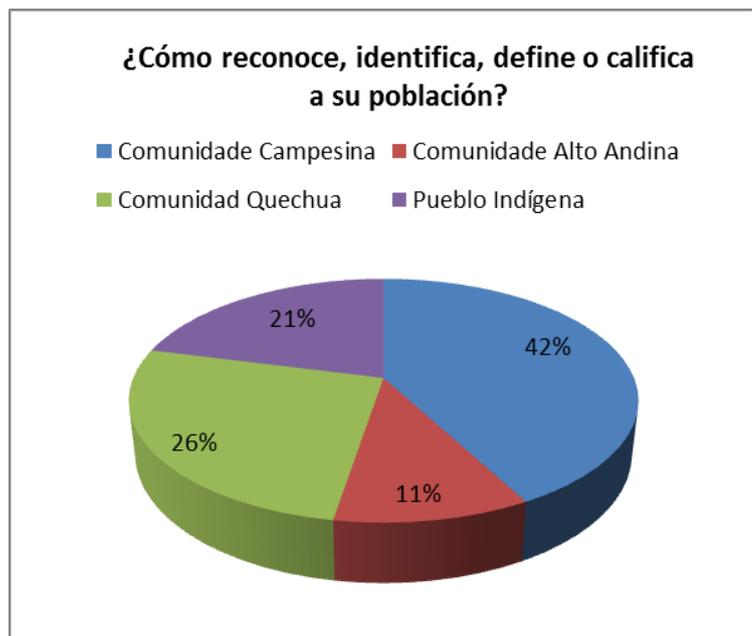


En esta pregunta, todos los entrevistados manifestaron que la población de su comunidad, vienen posesionando las tierras desde tiempo inmemoriales, por lo que se puede determinar el grado de vinculación que existe entre estas poblaciones y sus respectivos territorios. En este sentido podemos aseverar que existe una indisoluble relación entre la población y sus territorios que ocupan. Ciertamente hay que tener en cuenta el concepto de propiedad comunal, que comprende la propiedad formal reconocida y la posesión ancestral de dicho espacio geográfico, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. *¿Cómo reconoce, identifica, define o califica a su población?*

**Cuadro N° 20 y Grafico N° 11**

Comunidade Campesina	8
Comunidade Alto Andina	2
Comunidad Quechua	5
Pueblo Indígena	4
Total	19



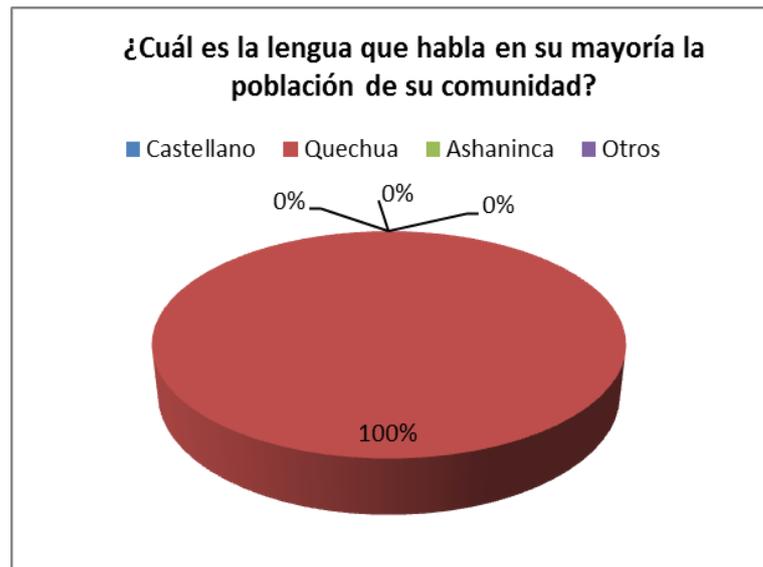
El 42% de los entrevistados se autodefinen como comunidades campesinas, 26% comunidades quechuas, 21% pueblos indígenas y 11% comunidades altoandinas. Las respuestas antes mencionadas no quiere decir que el 79% no sean indígenas, sino simplemente estas poblaciones debido a la carga de discriminación racial histórica con la que a veces se relaciona este término, no optan por denominarse como pueblo indígena, lo que podría conllevar a la continuidad de desconocimiento de sus derechos colectivos, por ello es importante aclarar que el termino indígena significa, originario o nativo del lugar. Pero quienes

somos nosotros para imponer nombres determinados sea para proteger o menospreciar a estos pueblos milenarios. Es tiempo que reivindiquen su propia identidad y sus derechos.

5. *¿Cuál es la lengua que habla en su mayoría la población de su comunidad?*

**Cuadro N° 21 y Grafico N° 12**

Castellano	0
Quechua	19
Ashaninca	0
Otros	0
Total	19



Todos los entrevistado manifestaron que la mayoría de la población de su comunidad hablan el idioma quechua, aunque aceptaron que cada vez se va revertiendo por el idioma español, esto debido a la falta de uso en la administración pública y en las entidades privadas, así como por un cierto perjuicio con el poblador quechua hablante. Dicho ello, vale señalar entonces que estas poblaciones conservan de manera objetiva parte importante de su cultura, la misma que se ve reforzado por la sexta pregunta

6. *¿Qué costumbres ancestrales principales mantiene la población?*

Las respuestas de esta pregunta nos revelan fehacientemente, que estas poblaciones aún mantienen latente muchas instituciones propias, tales como:

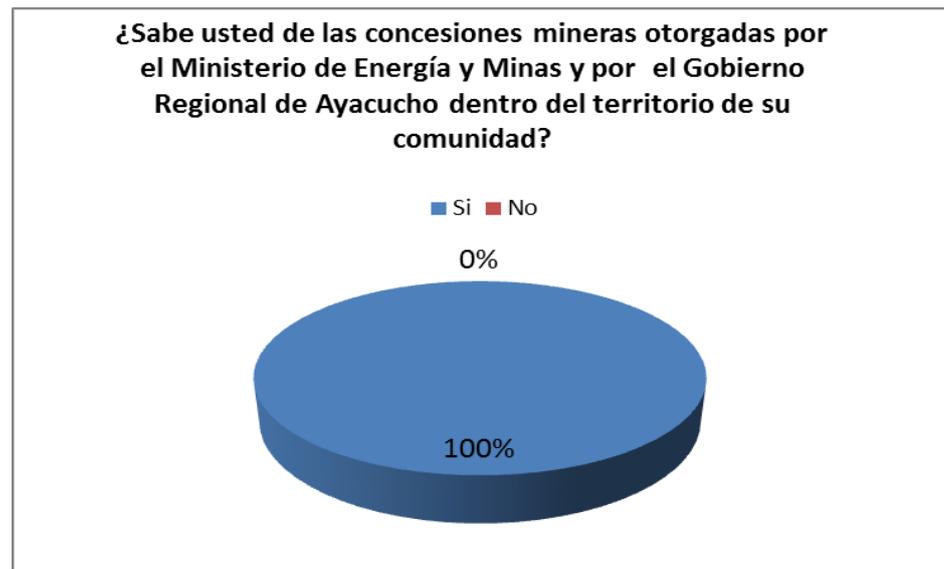
Pachamama, El Ayni, La Minka, Sequia, Vidamiche, Qachua, El Varayoc Danzante de Tijera, Yarqaaspiy, Ñawinyarcca, Huillaicho, El chimaycha, La Herranzas, Uso de vestimenta típica, El trueque, Chaqo, Sist. de rotación agrícola y otros muchos más.

Esta segunda parte de la encuesta realizada a las autoridades indígenas, tuvo por objetivo recabar información, sobre el grado de cumplimiento e implementación de la consulta previa en las concesiones mineras otorgadas en la región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011.

1. *¿Sabe usted de las concesiones mineras otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas dentro del territorio de su comunidad?*

Cuadro N° 22 y Gráfico N° 13

Si	19
No	0
Total	19



Todos los entrevistados manifestaron conocer de la existencia de concesiones mineras dentro de su territorio, así como el nombre de los operadores mineros, aunque muchos ignoraban la cantidad exacta y la fecha de la concesión. De la encuesta se pudo recabar que los principales empresas que viene operando dentro de sus territorios, esta principalmente las empresas mineras Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C., Compañía de Minas Buenaventura S.A.A., Southern Perú Copper Corporación Sucursal del Perú, Empresa Minera Orion, Newmont Perú y Laconia South América S.A.C.

Con lo cual queda demostrado que existe operaciones mineras desarrollándose en territorios de los pueblos indígenas del departamento de Ayacucho.

2. *¿Su comunidad ha sido consultado por el Estado peruano antes del otorgamiento de las concesiones mineras?*

**Cuadro N° 23 y Gráfico N° 14**

Si	0
No	19
Total	19

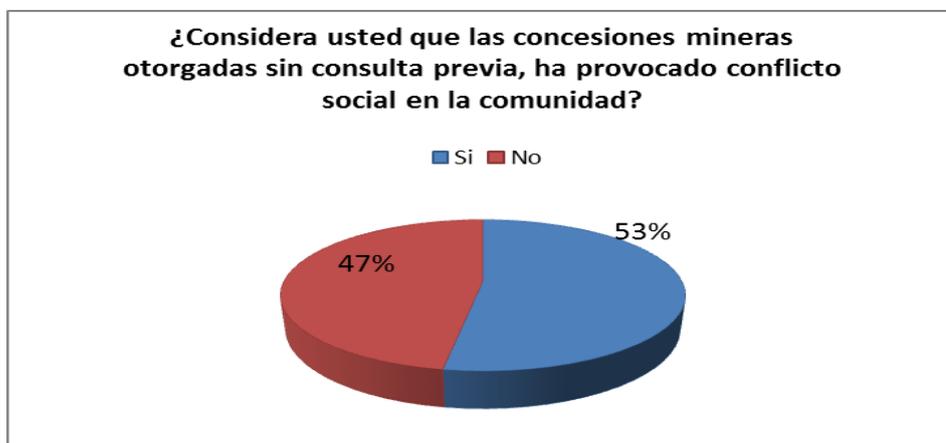


Todos los entrevistados señalaron que ninguna las concesiones mineras otorgadas dentro de su territorio fueron consultados por el Estado peruano. Precisaron que a lo mucho las empresa interesadas mantuvieron algunas reuniones, notificaron para el inicio de trabajos o desarrollaron talleres informativos. En este sentido se pudo determinar que estas medidas administrativas se adoptó sin partición alguna de las comunidades involucradas y sólo fue una decisión unilateral del Estado peruano en acuerdo con la empresas extractivas mineras.

3. *¿Considera usted que las concesiones mineras otorgadas sin consulta previa, ha provocado conflicto social en la comunidad?*

**Cuadro N° 24 y Gráfico N° 15**

Sí	10
No	9
Total	19



Es interesante analizar esta tercera pregunta relacionado a conflictos sociales que pudo haber derivado de la ausencia de la implementación de procedimiento de consulta previa. Al respecto la 53% de las autoridades indígenas coinciden en que efectivamente la falta de consulta previa ha originado diversos conflictos principalmente con las empresa mineras interesadas. Según manifestaron: las empresas con el apoyo del Estado se imponen a las comunidades campesinas. En cambio el 47% señaló que no tenían conflicto con la empresa o con el Estado, debido a que aun no se había iniciado actividad minera alguna dentro de su territorio.

4. *¿Conoce usted los derechos de los pueblos indígenas, regulados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)?*

**Cuadro N° 25 y Gráfico N° 16**

Si	9
No	10
Total	19



Se formuló la siguiente pregunta a fin de conocer, si las autoridades indígenas conocían sus derechos colectivos. Y la respuesta es sorprendente, considerando que el 53% desconocía el Convenio 169 de la OIT, el restante si bien manifestaron conocer, precisando que era de manera general, gracias a la capacitación brindada por las ONG, Defensoria del Pueblo o los medios de comunicación.

Sin duda, esto ha generado un estado de indefensión en la protección de los pueblos indígenas y el ejercicio de sus derechos colectivos.

5. *¿Cree usted que el Estado peruano, está obligado a consultar a los pueblos indígenas antes de otorgar las concesiones mineras en sus territorios?*

**Cuadro N° 26 y Gráfico N° 17**

Sí	19
No	0
Total	19



Por otra parte, la pregunta número 5 nos permite revelar la obligatoriedad de la consulta previa desde la cosmovisión indígena. Es sorprendente que todos los entrevistado señalaran que el Estado peruano está obligado a consultar antes del otorgamiento de las concesiones mineras, no por lo que necesariamente lo ordena el Convenio 169 de la OIT, sino por un simple respeto a su pueblo, a su comunidad, a su cultura, a su decisiones.

6. *¿Considera usted que el Estado peruano, debe cancelar todas las concesiones mineras otorgadas en su comunidad, por no haberseles consultado?*

**Cuadro N° 27 y Gráfico N° 18**

Sí	14
No	5
Total	19



Finalmente se cerró la encuesta con una pregunta complicada pero necesaria, que se centra en la idea sobre si consideran que debería cancelarse todas las concesiones mineras otorgadas, sin haberseles consultado. La respuesta en su 74% fue que sí deberían cancelarse, porque simplemente el Estado ignoró a los pueblos indígenas en sus decisiones, además de haberse incumplido con el Convenio 169 de la OIT, precisando que más aun cuando ellos son dueños de sus tierras y que nadie debería imponerse a sus intereses. Dicha respuesta fue matizada por algunos presidentes de la comunidad que manifestaron que deberían cancelarse solo aquellas concesiones que impliquen riesgos a la salud de la población. Aunque también existió opinión minoritaria de 26% que señaló que las actividades que ya están en operación resultarían imposibles cancelarlas.

## CAPITULO VIII: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El principal argumento para la formulación del problema partía de considerar que el Ministerio de Energía y Minas había otorgado concesiones mineras en el ámbito del territorio de los pueblos del departamento de Ayacucho, sin cumplir con el proceso de consulta a las comunidades campesinas o nativas, pese a que el Estado al suscribir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se obligó entre otros a que las concesiones, como actos administrativos en los que se encuentran comprometidos derechos de pueblos indígenas, fueran otorgadas previa la consulta y el consentimiento, libre e informado de los pueblos indígenas afectados, evidenciándose así una manifiesta vulneración al Artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Perú en 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253.

En este escenario nos hemos planteado interrogado si las concesiones otorgadas omitiendo realizar un proceso de consulta previa, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en ordenamiento jurídico peruano (1995) hasta la promulgación de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (2011), resultaban validas en términos jurídico constitucionales.

Específicamente el problema de investigación planteado es: ¿Son válidos los actos administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa?

En este sentido al concluir el estudio documental y de campo descrito en el presente capítulo, se llega a la presente conclusión de que la hipótesis se comprueba, ya que del análisis del resultado de los expedientes administrativos de concesión minera ubicados en los archivos de la Dirección de Concesiones Mineras del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico y de las

encuestas de las máximas autoridades y líderes indígenas, ninguna de las concesiones mineras otorgadas en territorio de los pueblos indígenas del departamento de Ayacucho en el período 1995 al 2011, fueron consultadas a los pueblos indígenas, por lo que devendrían en actos administrativos nulos, debido a que no han cumplido con la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, que no solo forma parte de nuestro sistema jurídico, sino que tiene rango constitucional y un requisito de validez de los actos administrativos de concesión minera, transgrediendo así el orden constitucional establecido, razón por la cual quedaría abierta la posibilidad de revisar estos actos administrativos otorgados de manera irregular y dejarlos sin efecto.

Para una mayor explicación, partimos de la premisa de que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional (00022-2009-PI/TC, f.j. 10) y que con o sin desarrollo normativo y reglamentario es vinculante y exigible desde el año 1995 (00022-2009-PI/TC, f.j. 12).

Ya que la tesis de la nulidad de las concesiones, puede ser hallada en el 3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, según el cual son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente. También puede ser hallada el artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444). El fundamento de esta tesis es la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución). La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT-, no sólo es la norma de mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (00047-2004-AI/TC, f.j. 9).

El pequeño problema con esta tesis, es que si se aplicara a todas las concesiones expedidas desde el año 1995, todas éstas serían nulas, generando caos y grave afectación a la seguridad jurídica, la cual es un bien jurídico constitucional que debe también ser protegido. Por eso conviene diferenciar, dos conceptos, la invalidez de los actos administrativos inconsultos por un lado, y la modulación de los efectos de las sentencias, por el otro, para no generar efectos más perjudiciales de los que se busca evitar. La invalidez de los actos inconsultos es una cosa innegociable, todo acto que va contra los derechos humanos es inválido, más allá de sus consecuencias. Sin embargo, ello no enerva modular las consecuencias de esta invalidez, para proteger otros bienes jurídicos.

En medio de estas dos posiciones, existen, fundamentalmente, dos fórmulas intermedias que establecen una modulación de las consecuencias de la declaratoria de invalidez de los actos inconsultos. La tesis de la suspensión, y la tesis del plazo para la adecuación. La tesis de la suspensión de las concesiones, es la que ha asumido por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ante actos administrativos no consultados relacionados con actividades extractivas u obras de infraestructura pública. No se declaran nulas las concesiones inconsultas, sino que se suspenden sus efectos hasta que se consulte. Esta tesis también lo propuso el Comité de Expertos de la OIT en año 2010 e incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Saramaka vs. Suriname (párrafo 196.a). El problema con la suspensión generalizada de todas las concesiones es que también generaría un caos jurídico y una afectación del principio de seguridad jurídica, que podría no sólo generar una ola de demandas contra el Estado, sino poner en peligro la política pública, su normal funcionamiento y en definitiva la gobernabilidad del país, lo cual no busca la consulta previa.

En nuestra opinión, debe hacerse una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la consulta previa de rango constitucional y debe buscarse optimizar ambos bienes jurídicos. En ese sentido, proponemos una tesis del plazo para la adecuación de las concesiones al Convenio 169 de la OIT. Esta ponderación debería conducirnos a una fórmula intermedia donde los dos mencionados bienes jurídicos sean protegidos. Esto sólo es posible de lograr si se otorga al Ejecutivo un plazo razonable para realizar la consulta de las decisiones administrativas, posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y anteriores a la publicación de la ley de consulta previa. En caso que no se haya realizado la consulta en el plazo concedido, las concesiones deberán ser suspendidas por un plazo y de persistir la negativa, declaradas nulas. Asimismo, debería precisarse que, si las actividades han generado condiciones intolerables para la salud, la alimentación, el medio ambiente o la dignidad de los pueblos indígenas, las concesiones deberán ser objeto de cancelación, dado que no son compatibles con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Seguramente puede preguntarse sobre las razones que nos permiten arribar a lo antes mencionado. A nuestro criterio y de acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo de investigación:

Se debe requerir al ente público que ha tomado la decisión inconsulta la realización del proceso de consulta. En caso que éste se resista, se debe recurrir a un proceso de amparo.

Tenemos 60 días hábiles para hacerlo desde la fecha de la expedición del hecho lesivo (la concesión). El “acceso a la consulta” es parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (00022-2009-PI/TC, Fj. 37), y sabemos que las demandas de amparo tiene que estar referidas necesariamente al contenido constitucional de un derecho, si no quieren ser declaradas improcedentes (art. 5.1 del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237). ¿Qué hacer cuando las concesiones fueron expedidas hace 4 o 5 años? En principio las acciones en su contra deberían ser declaradas improcedentes (art. 5.10 del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, en aquellos casos, el hecho lesivo que se deberá cuestionar no debería ser la concesión, sino la omisión del Estado de realizar el proceso de consulta. Sólo en ese caso, podríamos aplicar el artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.



## Conclusiones:

1. El derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento para institucionalizar el dialogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos, enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y los pueblos indígenas y que constituye la piedra angular del Convenio 169; cuyo tratado internacional de derechos humanos, aprobado por nuestro Congreso Constituyente Democrático, no sólo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, ostentan rango constitucional, asumiendo todas las características de la Constitución, entre ellas el criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, lo que conlleva por una sencilla consecuencia práctica, de que todas sus normas o disposiciones, incluyendo el derecho a la consulta en mención, son vinculantes a todo el aparato estatal, a los operadores públicos y en general a todas las personas naturales y jurídicas, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo y exigible desde el año 1995.

2. Las concesiones mineras otorgadas con inobservancia del proceso de consulta previa, pese a que el Estado al suscribir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se obligó entre otros a que las concesiones, como actos administrativos en los que se encuentran comprometidos derechos de pueblos indígenas, fueran otorgadas previa la consulta y el consentimiento, libre e informado de los pueblos indígenas afectados; devienen en inválidos y nulos en términos jurídico constitucionales, porque lesionan derechos fundamentales, razón por la cual corresponda a las autoridades jurisdiccionales la determinación de esta nulidad por vía del Proceso Constitucional de Amparo.

3. 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 los artículos 3º, 55º y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, artículo V del Código Procesal Constitucional, tomando en cuenta el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia internacional desarrollada, razón por la cual la exigencia de los pueblos indígenas al derecho a la consulta, resulta plenamente amparable jurídicamente.

4. La consulta es un instrumento que puede servir para garantizar derechos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, no discriminación, a la paz, a la tranquilidad, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida. Pero este es un deber ser. La sola realización de la consulta no garantiza nada más allá del propio derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados. Es decir se puede usar para garantizar la integridad y derechos pero también se la puede usar para legitimar su vulneración, como se intentó antes de la emisión de la Ley de consulta previa y su respectivo reglamento, donde la normativa nacional interna relacionado al derecho a la consulta es, cuando menos, insuficiente e inadecuada a la luz de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que se observan deficiencias tales como la falta de un correcto desarrollo del concepto de consulta previa contenido en el Convenio 169 o la falta de mecanismos para hacer efectivo este derecho, en la medida que muchas de esas normas son eminentemente declarativas. La actual normativa sobre derecho a la consulta previa no se salva, en especial la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley No 29785, que tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisables, todo esto en perjuicio de los pueblos indígenas afectados, la cual resulta abiertamente inconstitucional. La misma suerte de inconstitucionalidad corre el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

5. Del análisis de los 19 resoluciones de concesión minera de tipo régimen general (Gran minería y mediana minería), de un total de 1,660 concesiones mineras (tituladas) otorgadas por Ministerio de Energía y Minas, en el departamento de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, se ha determinado que ninguna de estas fueron sometidos al proceso de consulta previa, bajo el argumento, conforme a la expresiones emitidas por el ejecutivo, de una ausencia de regulación legal o infra legal sobre el derecho a la consulta previa, que por hecho no resiste a un análisis constitucional; porque si fuera así 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, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00022-2009-PI/TC). Cuya actitud del Estado ha causado una gran preocupación en las poblaciones antes mencionadas que ha visto amenazadas su estabilidad ambiental y cultural por la llegada de más actividades mineras hacia sus zonas, lo que ha provocado que en los últimos años, que el departamento de Ayacucho, se haya sumado en constantes conflictos sociales, la mayoría de ellas relacionado a la actividad extractiva, específicamente por asuntos socio ambientales.

6. Las encuesta como técnica de campo, ha permitido corroborar que las poblaciones involucradas en los 19 expedientes administrativos de concesiones mineras, emitidos en el periodo 1995 al año 2011, fueron Pueblos Indígenas Quechuas del departamento de Ayacucho, llamados formalmente como comunidades campesinas, como la Comunidad Campesina de Licapa, Chumpi, Píhccachuri, Tintay y Andamarca, que se encuadran perfectamente en el ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a sus derechos colectivos e individuales, porque sencillamente reúnen los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Ley y el Reglamento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. Elemento objetivo, como la continuidad histórica, porque se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la invasión o colonización como los Chankas, los Incas, los Pokra y los Rucanas y que tienen una conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban los territorios que hoy poseen, no en vano los entrevistados indicaban que la población de su comunidad venían posesionando las tierras desde tiempos inmemoriales, por lo que se puede determinar el grado de vinculación que existe entre estas poblaciones y sus respectivos territorios. Mantienen instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintas y específicas, como el idioma quechua, el Ayni, la Minka, el Varayoq, uso de vestimenta típica, el Trueque, etc. Finalmente el elemento subjetivo que es la autoconciencia de la identidad, que en el presente caso solo se auto identificaron como pueblos indígenas el 21%, pero este no quiere decir que el 79% no sean indígenas, sino simplemente estas poblaciones debido a la carga de discriminación racial histórica con la que a veces se relaciona este término, no optan por denominarse como pueblo indígena, prefiriendo autodefinirse como comunidad campesina, comunidad alto andina, comunidad quechua, e incluso pueblos originarios. Para evitar dudas cabe mencionar

la distribución de la población indígena en el Perú, según el criterio lingüístico, resultados del Censo de 1993, donde se observa que Ayacucho tiene más de 70% de población indígena.

## Recomendaciones:

1. Sin descartar la posibilidad de presentar otro tipo de procesos, los procesos constitucionales constituyen el remedio procesal idóneo para proteger derechos fundamentales, por su especificidad y esencia de justicia “restitutiva” de estos derechos. Y es que hoy la defensa de los derechos fundamentales tiene un componente técnico que no se puede dejar de lado, si lo que se quiere es tener éxito. Y decimos técnico, porque hay toda una doctrina sustancial y procesal que ha sido desarrollada por el TC, cuyo conocimiento y manejo resulta relevante y vital.

2. Para amparar jurídicamente el contenido constitucional del derecho a la consulta previa, por omisión, no les queda más a las organizaciones de pueblos indígenas, que incluye a los del departamento de Ayacucho, recurrir al Proceso Constitucional de Amparo, para dejar sin efecto las concesiones mineras y retrotraer al momento de la transgresión del derecho constitucional colectivo, descartando cualquier tipo de adecuación por parte de las empresas. En aquellos casos, el hecho lesivo que se deberá cuestionar no debería ser la concesión, sino la omisión del Estado de realizar el proceso de consulta. Sólo en ese caso, podríamos aplicar el artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.

3. El artículo 1°, de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa, es una norma general, que presenta el objetivo de la ley y plantea las fuentes normativas que permitirán interpretar el contenido de las diferentes disposiciones, para el cual especifica solo el Convenio 169 de la OIT, por lo que es necesario su modificación por el legislativo, debido a que nuestra principal crítica es que no se reconoce que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta realizado por el TC y por la Corte IDH es también fuente de derecho. Debe agregarse en el texto de la ley, que se interpreta de conformidad con el Convenio 169 de la OIT “y su desarrollo jurisprudencial por los órganos jurisdiccionales competentes”.

Asimismo, es necesario precisar que el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene solo “fuerza interpretativa”, como parece asignársele al Convenio 169 de la OIT y al DIDH, sino que tiene “fuerza normativa”.

4. Las asociaciones, organizaciones de pueblos indígenas, deberían usar mecanismo jurídicos, políticos y mediáticos a fin de exigir al Poder Legislativo y al Ejecutivo, la modificación de los dispositivos de la Ley de consulta previa y de su reglamento respectivamente que se contraponen con los estándares normativos establecida en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en especial contra la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley No 29785, y contra el artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, por resultar abiertamente inconstitucionales.

5. Para no generar efectos mas perjudiciales de los que se busca evitar con la nulidad de las concesiones mineras inconsultas, es recomendable el uso de las dos formulas intermedias que establecen una modulación de las consecuencias de la declaratoria de invalidez. La tesis de la suspensión y la tesis del plazo para la adecuación. La tesis de la suspensión de las concesiones mineras otorgadas sin consulta previa, por lo menos hasta que se lleguen a un acuerdo o consenso de conformidad con los principios internacionales del derecho de consulta, es la que ha asumido por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ante actos administrativos no consultados relacionados con actividades extractivas u obras de infraestructura pública.

La tesis de plazo, con las que coincidimos, se ordene que todas las concesiones mineras, otorgadas sin respetar el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas después de ratificado el Convenio 169 de la OIT, ingresen a un proceso de adecuación para que subsanen ese vicio sustantivo, a fin de dar cumplimiento al mencionado instrumento internacional. Una decisión que podría ser muy similar al proceso que se dio en la Región de Puno, como consecuencia del Decreto Supremo N° 033-2011-EM, titulado “Dictan disposiciones respecto a las actividades mineras o petroleras de exploración y explotación en el departamento de Puno en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas”.

En caso que no se haya realizado la consulta en el plazo concedido, las concesiones deberán ser suspendidas por un plazo y de persistir la negativa, declaradas nulas. Asimismo, debería precisarse que, si las actividades han generado condiciones intolerables para la salud, la alimentación, el medio ambiente o la dignidad de los pueblos indígenas, las concesiones deberán ser objeto de cancelación, dado que no son compatibles con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

**6.** El Vice Ministerio de interculturalidad, debería concluir con el proceso de incorporación en la base de datos de pueblos indígenas, a las comunidades campesinas y nativas del departamento de Ayacucho, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el Convenio 169 de la OIT, Ley derecho a la consulta previa y su reglamento, para evitar dejar en la incertidumbre jurídica si las comunidades campesinas y nativa son pueblos indígenas

## Referencias Bibliográficas

**ANAYA**, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

**ANAYA**, James. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Chile: OHCHR, 24 de abril 2009. [Consultado 17 de abril 2013]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

**ANAYA**, James. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* [Informe en Internet]. Nueva York: Consejo de Derechos Humanos, 12ª periodo de sesiones Tema 3 de la Agenda. 15 de julio 2009 [Consultado con fecha 27 de julio 2013]. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>

**ARANGO**, Raúl & **SÁNCHEZ**, Enrique. *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Población, cultura y territorio: Bases para el fortalecimiento social y económico de los Pueblos Indígenas*, 1ª Ed. Colombia: Departamento de Planeación de Colombia, 2004.

**ARGUEDAS**, Jose Maria. "Notas elementales sobre el arte popular religioso y la cultura mestiza en Huamanga". Revista del Museo Nacional. Tomo XXVI, Lima, 1958, 27 p.

**BELADIEZ**, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, 1ª ed. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1994.

**BOLTON**, Ralph & **MAYER**, Enrique. *Parentesco y matrimonio en los andes*, 1ª ed. Lima: PUCP, 1980.

**CARHUATOCTO**, Henry. "Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*, T. 18. Jurisprudencia Constitucional y Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2009.

**CARRASCO**, Carmen. *Trajes típicos de la comunidad Urinsaya Ñawin Chaccopata*, 1ª ed. Lima: Tarea, 2006.

**CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM**. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

**CASTILLO**, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 1a ed. Lima: Palestra Editores, 2007.

**CHIRINOS**, Carlos. “Los recursos naturales y el debate constitucional: en búsqueda de políticas y un modelo normativo”. En: *Seminario Taller: Constitución, Medio Ambiente y Desarrollo*. Lima: Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, la Sociedad Nacional del Ambiente y el Foro Ecológico, 15 de Mayo del 2002 [Consultado el día 26 de abril 2016]. Disponible en: [http://www.spda.org.pe/?wpfb\\_dl=212](http://www.spda.org.pe/?wpfb_dl=212)

**CLAVERO**, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, 1ª ed. Coyoacan - Mexico: Editorial Siglo XXI Editores, 1994.

**CLOUDSLEY**, Tim. “Las fiestas anuales de los indios quechuas”. En: *Anthropológica*. Lima, PUCP, 1988.

**COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVR)**. *Hatun Willakuy*, versión abreviada del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 1ª ed. Lima: CVR, 2004.

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**. *Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumentos de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC, 2011. Informe Consulta Previa.

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**. *Implementación del proceso de consulta previa, libre informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima: Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, 2012.

**COOK**, David. *La catástrofe demográfica andina. Perú 1520-1620*, 1ª ed. Lima: PUCP, 2010.

**COOPERACIÓN**. *Informe de Seguimiento de Concesiones Mineras en el Perú*. Lima: Cooper Acción – Acción Solidaria para el desarrollo, 2011 [Consultado 22 de junio 2012].

**COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**. “Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Decreto Supremo N° 001-2012-MC” [Informe en Internet] Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Mayo 2012 [Consultado el día 14 de julio del año 2013]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/96188132/Informe-Tecnico-del-Reglamento-de-la-Ley-de-Consulta-Previa>.

**DEFENSORÍA DEL PUEBLO**. “Informe sobre el derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas”. Informe N° 011-2009-DP/AMASDPPI-PPI. Lima: Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, 2009.

**DEFENSORÍA DEL PUEBLO**. “Actuaciones Humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 05 de junio del 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, Región Amazonas, en el contexto del paro amazónico”. Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD. Lima: Adjuntía Defensoría del Pueblo, 2009.

**DEFENSORIA DEL PUEBLO.** “Reporte de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo”, N° 120. Lima: Defensoría del Pueblo, 2014. Disponible en: Reporte web: [www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/](http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/)

**DEGREGORI,** Carlos Ivan. “¿Por qué apareció Sendero Luminoso en Ayacucho? El desarrollo de la educación y la generación del 69 en Ayacucho y Huanta”. En: ANNE PÉROTIN-DUMON. *Historizar el pasado vivo en América Latina*. Disponible en: [http://www.historizarelpasadovivo.cl/es\\_resultado\\_textos.php?categoria=Per%FA%3A+investigar+veinte+a%F1os+de+violencia+reciente&titulo=%BFPor+qu%E9+apareci%F3+Sendero+Luminoso+en+Ayacucho%3F+El+desarrollo+de+la+educaci%F3n+y+la+generaci%F3n+del+69+en+Ayacucho+y+Huanta](http://www.historizarelpasadovivo.cl/es_resultado_textos.php?categoria=Per%FA%3A+investigar+veinte+a%F1os+de+violencia+reciente&titulo=%BFPor+qu%E9+apareci%F3+Sendero+Luminoso+en+Ayacucho%3F+El+desarrollo+de+la+educaci%F3n+y+la+generaci%F3n+del+69+en+Ayacucho+y+Huanta)

**DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (DAR).** *Informe Hechos y Aspectos Vulneratorios de los Decretos Legislativos 1090 y 1064*. Lima: Programa de Bosques de DAR, 2009.

**ESTELA H. Jose Alberto,** Moscoso T. Victor Juber. *Derecho Admonistrativo y Admnistracion Pública*. 1ª ed. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley; 2018.

**ESTENSSORO F.** Juan Carlos. *Del paganismo a la santidad. La incorporación de los indios del Perú al catolicismo. 1532-1750*, 1ª ed. Lima: PUCP-IFEA, 2003.

**FERGUS** Mackay. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional”. En: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumentos de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC, 2011. Informe Consulta Previa.

**FERNÁNDEZ,** Roberto. “América Descubrimiento, Diálogo. Actual Investigación”. *Revista de la Dirección de Cultura y Extensión de la Universidad de los Andes Venezuela*, Octubre 1992, (23).

**FERRAJOLI,** Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. En: el XI Seminario Eduardo García Maynes sobre teoría y filosofía del derecho. Ciudad de México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), del 4 al 6 de septiembre de 2001.

**FLORES** J. Juan Francisco. *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*, 1ª ed. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2009.

**FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW.** *El derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú*, 1ª ed. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010.

**GACETA JURÍDICA.** *Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, N° 108, 1a ed. Lima: Imprenta Editorial El Búho EIRL, 2007.

**GARCÍA DE ENTERRIA,** Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ra ed. Madrid. Editorial Civitas, 1985.

**GARCÍA** Juan. *Los santuarios de los Andes Centrales*. En: Millones, Luis, Tomoeda, Hiroyasu. Historia, religión y ritual de los pueblos ayacuchanos. Osaka: Museo Nacional de Etnología, 1998.

**GOMEZ** Magdalena. *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. En: BERRAONDO, Mikel, coordinador. Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Publicaciones del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006.

**GORDON** Graham & **PEÑAFIEL** Rocio. *Implementación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas*. Lima: Asociación Paz y Esperanza; mayo 2008. Informe Alternativo Ayacucho 2007-8.

**GRUPO TÉCNICO DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL**. *Caracterización del Departamento de Ayacucho con Fines de Ordenamiento Territorial*, 1ª ed. Ayacucho: GTCI, 2005.

**GUASTINI**, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional: La Constitución como límite a la legislación*, 1ª ed. Mexico: Editorial Fontamara, 2001.  
<http://www.cooperacion.org.pe/MAPAS/informes-concesiones/2011/Ayacucho.pdf>.

**HUERTA**, Luis Alberto. *Proceso de amparo y derecho de consulta previa a los pueblos indígenas*. Blogs del Profesor Luis Alberto Huerta Guerrero [Internet]. Lima: [consulta 15 junio 213]. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/104858/proceso-de-amparo-y-derecho-de-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas>

**INEI-SIRTOD**. Proyectada al 30 de junio 2011. Disponible en:  
<http://proyectos.inei.gob.pe/mapas/bid/>

**INGEMET**. *Unidades Mineras en Producción y Proyectos de Exploración*. Ministerio de Energía y Minas. Disponible en:  
<http://www.minem.gob.pe/-publicación.php?idSector=1&idPublicación=407>

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI)**. Censo de Población y Vivienda del año 2007.

**JORDANO**, Jesús. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, 1ª Ed. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA**. T. XXIX de 22 de abril de 1991.

**LANDA**, César. *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. [Artículo en Internet]. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010 [Consultado el día 21 de abril del año 2012]. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/guía/landa-2.htm>

**LEGUIA**, Normand. Consultoría: *Elaboración de un Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas - MEM, Subsector Energía y la empresa PERUPETRO S.A que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 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 (OIT)*. Lima: Defensoría Del Pueblo, 2013. Informe Final.

**LLASAG**, Raúl. *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*. En: **ÁVILA S.** Ramiro (Editor). *Neo constitucionalismo y sociedad*, 1ª ed. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

**LUMBRERAS**, Luis Guillermo. *Los orígenes de la civilización en el Perú*, 6ª ed. Lima: Milla Batres, 1983.

**LUMBRERAS**, Luis Guillermo. *De señores, indios y subversivos*, entrevista en “El zorro de abajo”. *Revista de Política y Cultura*, N° 3. Lima: noviembre-diciembre, 1985.

**MANUEL**, Vidal. “Recursos Naturales y Lucha contra la Pobreza, ¿una articulación posible? Una aproximación desde el Derecho Ambiental y el concepto de sostenibilidad”. En: Ponencia presentada en el seminario El Problema Agrario en debate. Lima: SEPIA [Consultado el día 26 de abril 2016] Disponible en: [http://www.sepia.org.pe/facipub/upload/cont/881/cont/file/20080903021834\\_01recursosnaturales\\_pulgar.pdf](http://www.sepia.org.pe/facipub/upload/cont/881/cont/file/20080903021834_01recursosnaturales_pulgar.pdf).

**MARÍA**, Manuel. *Historia de la Antropología indigenista*, 2a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1986.

**MEIER E.**, Henrique. *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*. 1ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L., 2001.

**MINISTERIO DE CULTURA**. [Base de datos de Pueblos Indígenas u originarios]. Lima: Viceministerio de Interculturalidad, julio 20015 [consultado el día 02 febrero 2017]. Disponible en: <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/quechuas>

**MINISTERIO DE CULTURA**. *Derecho a la Consulta Previa. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*, 1ª ed. Lima: Ministerio de Cultura, 2016.

**MINISTERIO DE CULTURA**. *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios*. Guía Metodológica. Lima: Ministerio de Cultura, 2014 [consultado el día 22 de abril 2016]. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/material-publicacion/guia-metodologica-etapa-de-identificacion-de-pueblos-indigenas-u-originarios/>.

**MINISTERIO DE CULTURA**. *Guía Metodológica Consulta a los Pueblos Indígenas*, 1ª ed. Lima: Viceministerio de Interculturalidad, 2013.

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**. *Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*, 1ª ed. Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, 2014.

**MORLON**, Pierre. *Comprender la agricultura campesina en los andes centrales*. Perú-Bolivia, 1ª ed. Lima: IFEA, CBC, 1996.

**NIKKEN**, Pedro. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Un desarrollo Progresivo*. En: MOLLEDA, Juan Carlos & ROEL, Luis Andrés. *Manual de herramientas legales para operadores de sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Editorial Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C., 2011.

**OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación y Recomendaciones.* Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión. Informe III, Parte 1ª, 2007

**ORDOÑEZ C.** José Emilio Rolando. *Antecedentes doctrinarios del Derecho Internacional Público Moderno: Integracionismo e Indigenismo de participación*, 1º ed. Mexico: Secretaria de Cultura del Estado de Michoacán, 2008.

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO.** *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT.* Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica; una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT*, 1ª ed. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, 1ª ed. Ginebra: OIT, 1988.

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) N° 169, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.* 1ª ed. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013.

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Manual*, 1ª ed. Ginebra: OIT, 2003.

**PINTO Vladimir & RIVERO Ramón.** *La consulta previa: Desarrollo normativo Internacional y Comparado y su Aplicación en el Perú*, 1ª ed. Lima: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), 2012.

**REMOTTI C.** José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, 1ª ed. Lima: Editorial Moreno, 2004.

**RIBOTTA Bruno.** *Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Perú*, 1ª ed. Lima: CEPAL – Fundación Ford, Julio 2010.

**ROBLES, Román.** *Tradición y modernidad en las comunidades campesinas*, 1ª ed. Lima: Investigaciones Sociales, 2004.

**ROBLES, Román.** *La banda de músicos. Las bellas artes en el sur de Ancash*, 1ª ed. Lima: UNMSM, 2000.

**ROSTWOROWSKI, María.** *Ensayos de historia andina I. Elites, etnias, recursos.* 5ª vols, 1ª ed. Lima: IEP, 2005.

**RUIZ M.** Juan Carlos, **ROEL, Luis Andrés & LA ROSA C.** Javier. *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas*, 1ª ed. Lima: Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal, 2011.

**RUIZ M. Juan Carlos.** “Cuando el activismo judicial se convierte en autoritarismo judicial. Tribunal Constitucional deja en la indefensión el derecho a la consulta”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 35. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2010.

**RUIZ M. Juan Carlos.** *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, Una mirada constitucional*, 1ª ed. Lima: Justicia Viva – IDL, 2011

**RUIZ M. Juan Carlos.** “Nueva sentencia del TC sobre derecho a la consulta: un paso adelante, dos atrás”. Blog de Juan Carlos Ruiz Molleda [Consultado el día 22 de agosto 2012]. Disponible en:  
<http://jruizmolleda.blogspot.pe/2011/03/nueva-sentencia-del-tc-sobre-derecho-la.html>

**RUIZ MOLLEDA L. Juan Carlos & ROEL, Luis Andres.** *Manual de herramientas legales para operadores de sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, 1ª ed. Lima: Justicia Viva – IDL, 2011.

**SANNA, Saarto.** “Derecho a la Consulta Previa en el marco del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”. En: ponencia presentada en seminario taller “Consulta previa Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia. Lima: Congreso de la República del Perú, 27 de enero 2009.

**SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 0023-2005-PI/TC.

**SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 00679-2005-AA.

**SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 3741-2004-AA/TC.

**SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 00025-2009-PI.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 03343-2007-PA/TC.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Exp. N° 2226-2007-AA/TC.

**SERRANO, José Luis.** *Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

**SEVILLANO A. María Del Rosario.** *Programa Social Indígena DAR. Derecho a la Consulta de Los Pueblos Indígenas en el Perú. Últimos Avances*, 1º ed. Lima: Derecho Ambiente y Recursos Naturales DAR, 2010.

**SILVERMAN, Gail.** *El tejido andino: un libro de Sabiduría*. 1ª ed. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, Fondo Editorial, 1994.

**VÁSQUEZ** Chalena. *El canto colectivo, una hermosa práctica en las culturas populares del Perú*. En: Historia de la música en el Perú. Lima: Ministerio de Educación, 2007.

**VELA P.** Claudia Janneth. *“La Consulta Previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los Pastos que habitan en el departamento de Mariño”* [Tesis]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho, 2011.

**YRIGOYEN F.** Raquel Sonia. *“De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento-Fundamentos, balances y retos para su implementación”*. Revista *El otro Derecho*, N° 40. [Revista en Internet]. Enero 2009 [Consultada 22 de setiembre 2011]; Disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/derecho\\_consulta/02\\_ryf\\_derechos.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/02_ryf_derechos.pdf).

**YRIGOYEN F.** Raquel Sonia. *“El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización”*. [Ensayo en Internet]. Brasil: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS, 2010. [Consultada el 22 de mayo de 2012]. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/57483012/3-Ryf-2010-Constitucionalismo-y-Pluralismo-Br>.

**YRIGOYEN F.** Raquel Sonia. *“Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”*. En: BERRAONDO L. Mikel (Coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Publicaciones del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006.

**ZENTENO B.** Julio Cesar. *Derecho Internacional Público*, Parte I. 1ª ed. Guatemala: Editorial USAC, 1991.

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

**TÍTULO: “Los actos administrativos de concesión minera otorgadas en la Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, en el marco del Derecho a la Consulta Previa”.**

**INVESTIGADOR:** Gilver Lizana Villanueva

<b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>OBJETO DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>HIPOTESIS</b>	<b>VARIABLES CLASIFICACIÓN PROCESO DE OPERACIONALIZACIÓN</b>	<b>MARCO TEÓRICO</b>
<p><b>Problema General</b> ¿Son válidos los actos administrativos de concesión minera emitidos por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de pueblos indígenas de la Región de Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa?</p>	<p><b>Objetivo General</b> Determinar la validez de los actos administrativos de concesión minera, otorgados por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región de Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta previa.</p>	<p><b>Hipótesis General</b> Las concesiones mineras en territorio de pueblos indígenas de la Región de Ayacucho, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, entre el año 1995 y 2011, son actos administrativos nulos, debido a que no han cumplido con realizar procesos de consulta previa conforme lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.</p>	<p><b>Variable Independiente</b> El derecho a la consulta previa como derecho fundamental y como requisito de validez.</p> <p><b>Variable Dependiente</b> Los actos administrativos autoritativos de concesión minera comprendidos entre los años 1995 y 2011, otorgados por el Ministerio de Energía y Minas, en el ámbito del territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho.</p>	<p><b>Teorías de la incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno</b> La doctrina diferencia dos sistemas normativos en el derecho, de un lado el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno.</p> <p>Acerca de la forma de incorporación del</p>

<p><b>Problemas Específicos:</b>          ¿Cuáles son los efectos jurídicos del Convenio 169 de la OIT en el Sistema Jurídico Peruano, en relación al reconocimiento del derecho de consulta previa de poblaciones indígenas?</p> <p>¿El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que el Estado peruano debió garantizar durante el otorgamiento de concesiones mineras en la Región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011?</p> <p>¿La consulta fue un requisito de validez de los actos administrativos en los procedimientos de concesión minera otorgados entre el periodo 1995 al 2011</p>	<p><b>Objetivo Específico:</b>          Demostrar los efectos jurídicos del Convenio 169 de la OIT en el Sistema Jurídico peruano, en relación al reconocimiento del derecho de consulta previa de poblaciones indígenas.</p> <p>Establecer si el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que el Estado peruano debió respetar durante el otorgamiento de concesiones mineras en la Región de Ayacucho en el periodo 1995 al 2011.</p> <p>Determinar si la consulta previa fue un requisito para determinar la validez de los actos administrativos de concesión minera otorgados entre el periodo 1995 al 2011</p>	<p><b>Hipótesis Específico</b>          El efecto de la suscripción por el Estado peruano del Convenio 169, conllevó que las disposiciones contenidas en esta última formen parte del sistema jurídico peruano, y consiguientemente obliguen al Estado su irrestricto cumplimiento; tanto más sí el Tribunal Constitucional no sólo desarrolló el contenido constitucional del derecho a la consulta previa sino lo reconoció como derecho fundamental.</p> <p>El derecho a la consulta previa, es un derecho fundamental reconocido de manera expresa a partir de la ratificación por parte del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la que se desarrolla el contenido material del derecho en mención.</p>	<p><b>Indicadores:</b>          Documentos de exposición y sustentación del Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Texto del Convenio 169</p> <p>Declaraciones y diversos documentos de respaldo del Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Sentencias del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la consulta previa</p> <p>Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la consulta previa.</p>	<p>sistema jurídico internacional al orden jurídico interno, existen tres teorías: la teoría monista, la teoría dualista y la teoría eclética o integradora:</p> <p>La teoría dualista, cuyos autores históricos más representativos son el alemán Trieppele y el italiano Anzilotti, sostienen que el Derecho Interno y Derecho Internacional, constituyen dos sistemas jurídicos individuales e independientes.</p> <p>La teoría monista, cuyos representantes son la escuela normativista de Kelsen y la escuela sociológica de Scelle, defiende la unidad del orden jurídico en general, en virtud de que tanto las normas de derecho</p>
---	--	--	--	---

en la Región Ayacucho?	en la Región Ayacucho.	El derecho a la consulta previa como derecho fundamental, sí debe ser considerado un requisito de validez de los actos administrativos recaídos en las concesiones mineras otorgadas en la Región Ayacucho en los periodos 1995 al 2011.		interno como las de derecho internacional, son parte integrante de esta unidad, cuya teoría es la base de la presente investigación.  La teoría ecléctica o integradora, concilia las dos primeras.
------------------------	------------------------	--	--	---

**Anexos**  
**Modelo de boleta de encuesta**

(1)

**PARA AUTORIDADES DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS O NATIVAS**

COMUNIDAD
-----------

**1. ¿Cuál es el cargo que ocupa dentro de su comunidad?**

---

---

**2. ¿De cuál de las culturas descende en su mayoría la población de su comunidad?**

- a) Chanka ( )
- b) Inka ( )
- c) Española ( )
- d) Otros (.....)

**3. ¿Desde cuándo la población de su comunidad viene posesionando las tierras?**

- a) Hace muy poco
- b) Hace muchos años
- c) Desde tiempos inmemoriales
- d) No sabe

**4. ¿Cómo reconoce, identifica, define o califica a su población?**

- a) Comunidades campesinas
- b) Comunidades alto andinas

- c) Comunidad quechua
- d) Pueblo indígena

**5. ¿Cuál es la lengua que habla en su mayoría la población de su comunidad?**

- a) Castellano ( )
- b) Quechua ( )
- c) Asháninca ( )
- d) Otros ( )

**6. ¿Qué costumbres ancestrales principales mantiene la población?**

Indique \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

(2)

**PARA AUTORIDADES DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS O NATIVAS**

COMUNIDAD
-----------

**1. ¿Sabe usted de las concesiones mineras otorgadas por Ministerio de Energía y Minas dentro del territorio de su comunidad? SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_**

A favor de la Empresa \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Desde el año \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**2. ¿Su comunidad ha sido consultado por el Estado peruano antes del otorgamiento de las concesiones mineras? SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_**

¿Porqué? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**3. ¿Considera usted que las concesiones mineras otorgadas sin consulta previa, ha provocado conflicto social en la comunidad? SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_**

¿Porqué? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**4. ¿Conoce usted los derechos de los pueblos indígenas, regulados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)? SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

5. ¿Cree usted que el Estado peruano, está obligado a consultar a los pueblos indígenas antes de otorgar las concesiones mineras en sus territorios?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿Porqué? \_\_\_\_\_

---

---

6. ¿Considera usted que el Estado peruano, debe cancelar todas las concesiones mineras otorgadas en su comunidad, por no haberseles consultado?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿Porqué? \_\_\_\_\_

---