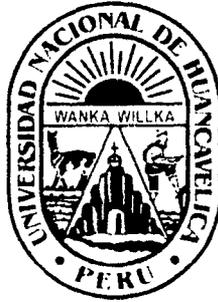


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCABELICA**

(Creada por Ley N° 25265)

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLITICAS**



**TESIS**

**APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LA CONCESIÓN  
MINERA DE LA COMUNIDAD CAMPESINA DE  
PALCA - HUANCABELICA - PERU**

**LINEA DE INVESTIGACIÓN  
DERECHO PUBLICO**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO**

**PRESENTADO POR EL BACHILLER:  
WILDER DE LA CRUZ QUISPE**

**HUANCABELICA - PERÚ  
2015**



Universidad Nacional de Huancavelica  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En los ambientes del Auditorio de Simulación de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNH – Paturpampa a los 22-07-15 siendo las 11:00 horas, se reunieron el Jurado Calificador designado conformado por:

Presidente: Mg. Esteban E. Flores Apaza

Secretario: Mg. Paziro F. Del Carmen Espinoza

Vocal: Abog. Tob. J. Perez Villaverde

Designados mediante Resolución Decanal N° LXXXIII-2015-RD-FDYCCPP-UNH del 23-06-15 2015

Trabajo de Investigación:

"Aplicación de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca - Huancavelica - Perú"

Cuyo autor(a) es:

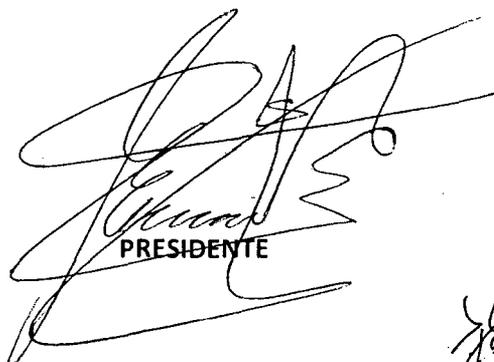
Sr.(Srta.) Bachiller Wilder De la Cruz Quispe

A fin de proceder a la evaluación, se invitó al público presente y al sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó al siguiente resultado:

APROBADO (X) POR Unanimidad

DESAPROBADO ( )

Es conformidad a lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

  
PRESIDENTE

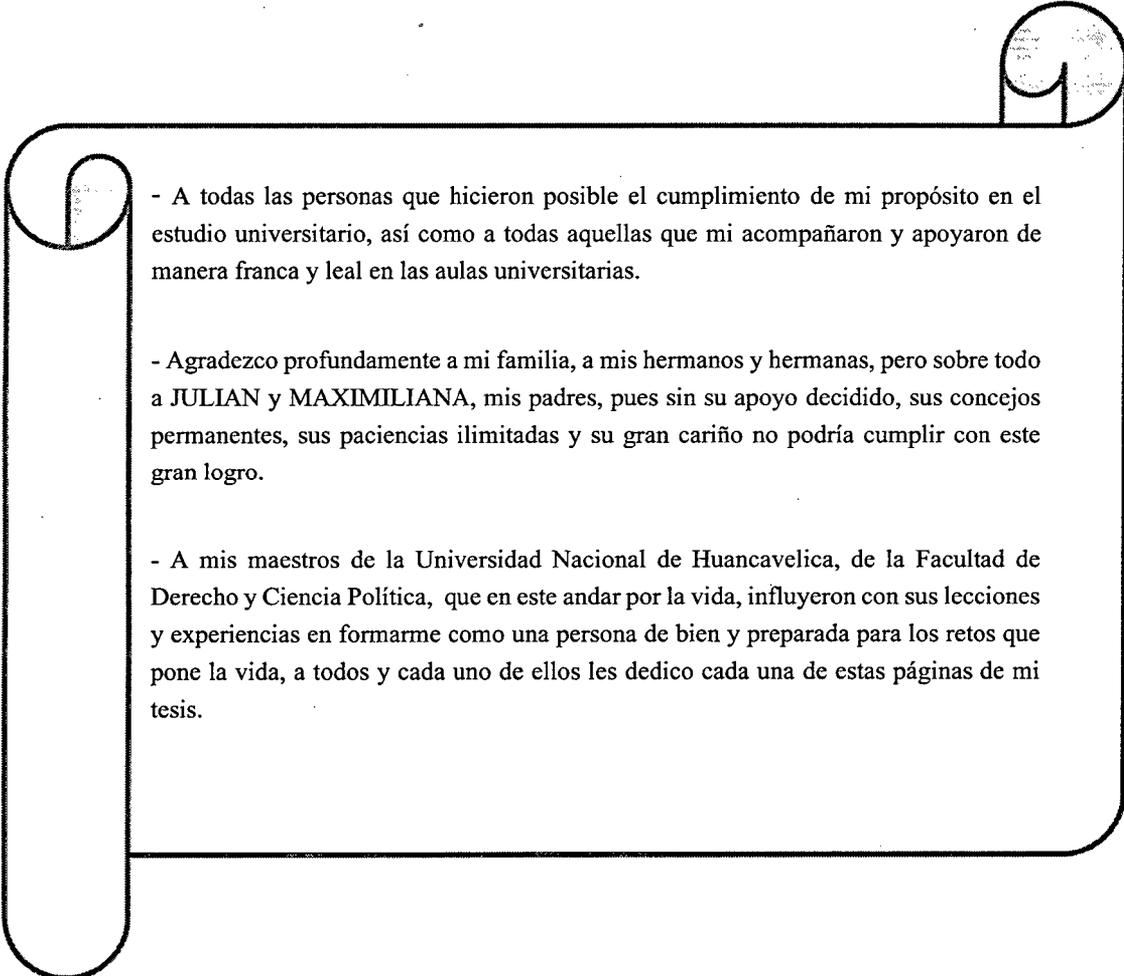
  
SECRETARIO

  
VOCAL

**ASESOR**

MTRO: VICTOR ROBERTO MAMANI MACHACA  
(DOCENTE UNIVESITARIO)

## DIDICATORIA



- A todas las personas que hicieron posible el cumplimiento de mi propósito en el estudio universitario, así como a todas aquellas que mi acompañaron y apoyaron de manera franca y leal en las aulas universitarias.

- Agradezco profundamente a mi familia, a mis hermanos y hermanas, pero sobre todo a JULIAN y MAXIMILIANA, mis padres, pues sin su apoyo decidido, sus consejos permanentes, sus paciencias ilimitadas y su gran cariño no podría cumplir con este gran logro.

- A mis maestros de la Universidad Nacional de Huancavelica, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, que en este andar por la vida, influyeron con sus lecciones y experiencias en formarme como una persona de bien y preparada para los retos que pone la vida, a todos y cada uno de ellos les dedico cada una de estas páginas de mi tesis.

## AGRADECIMIENTO

Profundo agradecimiento a mis padres quienes con su apoyo permanente e incondicional estuvieron presentes en todo momento en mi formación personal y profesional.

Con mucho cariño a mis 5 hermanos que con su paciencia, con sus momentos de alegría, su comprensión y su apoyo constante contribuyeron en mi formación profesional

A mis docentes de la Universidad Nacional de Huancavelica quienes compartieron en las aulas universitarias con su conocimiento, e influyeron en mi formación académica y profesional.

A mis queridísimos amigos William Pérez Salazar, Jhimy Quispe Ayuque, Eder Jurado Huayllani, Vidal Montes y Orlandino Escobar, con quienes siempre a pesar de las grandes dificultades que tuvimos, siempre estuvimos unidos compartiendo un pan, libros, y compartiendo conocimientos, asimismo en algunos aspectos discrepando, pero ello era la riqueza del conocimiento y desafío.

# INDICE

## PORTADA

INDICE.....	5
RESUMEN .....	8
INTRODUCCION .....	10

### CAPITULO I

#### PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA .....	15
1.2.1. FORMULACION DEL PROBLEMA GENERAL .....	15
1.2.2. FORMULACION DE PROBLEMAS ESPECIFICOS .....	15
1.3. OBJETIVO .....	16
1.3.1. OBJETIVO GENERAL .....	16
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	16
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	16

### CAPITULO II

#### MARCO TEÓRICO

A. A NIVEL LOCAL.....	18
B. A NIVEL NACIONAL.....	18
C. A NIVEL INTERNACIONAL .....	19
2.2. BASES TEÓRICAS.....	23
2.2.1. GENERALIDADES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	23
A. BREVE RESEÑA HISTORICA DE PUEBLOS INDIGINAS. ....	23
A.1. ETAPA INCAICA .....	24
A.2. ETAPA COLONIAL .....	25
A.3. ETAPA REPUBLICANA.....	26
B. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA GENERALIDADES.....	30
B.1. CONVENIO 169º.....	32
B.2. TERRITORIO .....	32

B.3.	COMUNIDAD CAMPESINA .....	34
B.4.	CONCESION MINERA .....	35
C.	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERU .....	36
C.1.	OBJETO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA.....	47
C.2.1.	OPORTUNIDAD .....	50
C.2.2.	INTERCULTURALIDAD .....	51
C.2.3.	BUENA FE.....	52
C.2.4.	FLEXIBILIDAD .....	53
C.2.5.	PLAZO RAZONABLE.....	54
C.2.6.	AUSENCIA DE COACCION O CONDICIONAMIENTO .....	55
C.2.7.	INFORMACION OPORTUNA.....	55
C.3.	CRITERIOS DE IDENTIFICACION DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES.....	56
C.4.	LAS ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA .....	60
C.6.	DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACION COMPARADA .....	82
C.6.1.	LA CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA.....	84
C.6.2.	LA CONSULTA PREVIA EN ECUADOR.....	84
C.6.3.	LA CONSULTA PREVIA EN MEXICO .....	86
2.3.	HIPOTESIS .....	88
2.4.	VARIABLE DE ESTUDIO .....	88
2.5.	OPERACIONALIZACION DE VARIABLE. ....	88

### CAPITULO III

#### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.	ÁMBITO DE ESTUDIO .....	90
3.2.	TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	91
3.3.	NIVEL DE INVESTIGACIÓN .....	91
3.4.	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN .....	91
3.5.	DISEÑO DE LA INVESTIGACION.....	91
3.6.	POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO .....	92
A)	POBLACION.....	92
B)	MUESTRA .....	92

- C) MUESTREO..... 92
- 3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS..... 92
  - A. TECNICAS DE RECOLECCION ..... 92
  - B. INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE INFORMACION ..... 93
- 3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS..... 93
- 3.9. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS..... 93

**CAPITULO IV**  
**RESULTADOS**

- 4.1. PRESENTACION DE RESULTADOS:..... 94
  - A) ANALISIS DESCRIPTIVO ..... 95
  - B) ANALISIS INFERENCIAL: ..... 102
- CONCLUSIONES ..... 107
- RECOMENDACIONES..... 108
- REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA..... 109
- ARTICULO CIENTIFICO ..... 111

**ANEXO**  
**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

## RESUMEN

En aras de reclamar el respeto de sus condiciones especiales y de la cultura y el territorio que les corresponde las comunidades realizaron grandes luchas y sacrificios, en este marco, la consulta previa es un derecho de especial importancia para estas comunidades y debe originar compromisos ineludibles para el Estado y la sociedad al tenor de la constitución, pues es un mecanismo para garantizar otros derechos de estos pueblos, tales como el territorio, la autodeterminación y la participación.

El convenio 169º de la Organización Internacional del trabajo se reconoce el derecho de los comunidades a auto determinarse, teniendo en cuenta su permanencia ancestral en los territorios que habitan.

El problema que se formuló en la investigación es, ¿Cómo se viene dando la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca? El objetivo general es; conocer la aplicación del derecho a la consulta previa, en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca. La hipótesis planteada es; la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca es deficiente.

La metodología de la investigación tiene como método, el descriptivo, con sus procedimientos: que determina al problema, planteamiento de la hipótesis, y verificación de la validez de los mismos, se utilizó la técnica del muestreo probabilístico y será de tipo intencional, pues se trabajara con grupos constituidos, Las técnicas e instrumentos para la recolección de datos, se emplea las técnicas de fichaje, y las respectivas encuestas.

Mediante la estadística descriptiva a través de las tablas de frecuencia, se puede apreciar que en la Comunidad Campesina de Palca el nivel cultural de la población de la Comunidad, no garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera.

## **ABSTRACT**

In order to demand respect for their special conditions and culture and territory rightful communities made great struggles and sacrifices , in this context, consultation is a right of special significance for these communities and should lead to unavoidable commitments the state and society to the wording of the constitution, it is a mechanism to ensure other rights of these peoples, such as the territory , self-determination and participation.

The 169th Convention of the International Labour Organisation the right of self- determined communities is recognized, considering their ancestral residence in the territories they inhabit.

The problem was formulated in research is, How is giving the application of the right to prior consultation in the mining concession of the Rural Community of Palca ? The overall objective is ; know the application of the right to request, in the mining concession of the Rural Community of Palca . The hypothesis is; the implementation of the right to prior consultation in the mining concession of poor rural community of Palca serious.

The methodology of the research is method descriptive , with its procedures : determining the problem , approach the hypothesis, and verification of validity , probability sampling technique was used and will be aspirational , it is work with established groups , techniques and tools for data collection, signing techniques used , and the respective surveys .

By descriptive statistics by frequency tables, it can be seen that in the rural community of Palca the cultural level of the population of the Community does not guarantee the effectiveness of the implementation of the right to prior consultation in the mining concession.

## INTRODUCCION

El presente trabajo consiste en examinar desde una perspectiva jurídica y social, la situación de la Comunidad Campesina de Palca frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la consulta previa, más allá de la mera consagración normativa, e incluso, más allá de que sean tenidos en cuenta a manera de derechos humanos.

Se trata, pues, de examinar la Aplicación del derecho a la consulta previa en la Comunidad Campesina de Palca en el marco del Convenio 169º de la OIT, de la Constitución Política, la Ley, la Jurisprudencia emitida por la el Tribunal Constitucional.

Para tal propósito, se parte de entender que la Comunidad Campesina de Palca requiere del Estado Peruano y de los particulares también, un trato especial, que tenga consideración de su particular condición y que respete los derechos que tras arduas luchas han logrado reivindicar a su favor, pues se trata de aceptar a las comunidades como parte integrante de la sociedad y a su vez, como aportadoras al pluralismo que caracteriza a nuestro país y que se ha reconocido en el propio texto constitucional como base y fundamento del Estado, pues solo así se devela la importancia de velar por el respeto de sus derechos, y de asumir una posición garantista y activa frente a ellos. De esta manera las comunidades se acercan un poco más a su aspiración de participación en la vida económica, política y cultural del país, y en la toma de decisiones que le conciernen de forma directa.

Finalmente, el estudio de campo se realizara en relación a los comuneros y comuneras de la Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica – Perú, este trabajo de campo se hará previo acercamiento al conocimiento de las características principales de esta comunidad, de su forma de vida, su trayectoria, sus organizaciones internas.

Específicamente el análisis realizado en la comunidad antes mencionada busca determinar si estos han sido consultados previamente por parte del estado, antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten, o si por el contrario, en su territorio se han llevado a cabo diferentes actividades sin tener en cuenta su criterio. En otras palabras, se busca medir la eficacia de la consulta previa en esta comunidad, esto es, el grado de aplicación que tiene y las condiciones en las que se realiza.

El trabajo está estructurado en cuatro capítulos: **en el capítulo I**, se presentan los aspectos generales relativos al problema objeto de la investigación, objetivos (general y específico), justificación. **En el capítulo II**, expongo el Marco Teórico, la misma que comprende los Antecedentes de mi investigación, las bases teóricas en la cual contiene el (Marco Histórico, Marco Conceptual y Marco Legal), la Hipótesis (general y específica), y las variables de estudio. **En el capítulo III** preciso la Metodología de la Investigación, la misma que comprende, el ámbito de estudio, tipo de investigación, nivel de investigación, método de investigación, diseño de investigación, Población muestra y muestreo, Técnica e instrumento de Recolección de datos, Técnicas de Procesamiento y Análisis de datos. **En el capítulo IV** comprende los Resultados, la misma que se detalla la presentación de resultados, la discusión. Se concluye además las conclusiones, Recomendaciones, Referencia Bibliográfica, Artículo Científico y anexos correspondientes.

Huancavelica, enero del 2015

## **CAPITULO I**

### **PROBLEMA**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

En la actualidad, el tema de los derechos fundamentales tiene gran importancia en el contexto jurídico y social, y alrededor del mismo giran álgidas disertaciones tendientes a definir y plantear conceptos adecuados, que expliquen su esencia y justifiquen válidamente su existencia y reconocimiento en los ordenamientos jurídicos.

Se trata pues de un tema que cobra aún más importancia si se examina a la luz del concepto de la Constitución Política, y obviamente, si se estudia desde la óptica del neoconstitucionalismo, dentro del cual, la noción de derecho fundamental es la que denota mayor relevancia, porque en su seno lleva implícito el reconocimiento de las especiales condiciones del ser humano, su papel y posición frente al Estado, de lo cual se deriva el planteamiento de las obligaciones y los derechos recíprocos evidentes en la relación Estado- particular, que adquieren una connotación especial, tratándose de un Estado Social de Derecho.

En lo anterior radica el interés del presente trabajo, esto es, en examinar desde una perspectiva jurídica y social, la situación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas del Perú frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la consulta previa, más allá de la mera consagración normativa, e incluso, más allá de que sean tenidos en cuenta a manera de derechos humanos.

Se trata, pues, de examinar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de los tratados internacionales, de la Carta Política, la Ley, la jurisprudencia constitucional, y además, de estudiarlo desde el punto de vista de la eficacia normativa.

Para tal propósito, se parte de entender que las comunidades indígenas requieren del Estado, y de los particulares también, un trato especial, que tenga consideración de su particular condición y que respete los derechos que tras arduas luchas han logrado reivindicar a su favor. Se trata de aceptar a las comunidades indígenas como parte integrante de la sociedad y a su vez, como aportadoras al pluralismo que caracteriza a nuestro país y que se ha reconocido en el propio texto constitucional como base y fundamento del Estado, pues sólo así se devela la importancia de velar por el respeto de sus derechos, y de asumir una posición garantista y activa frente a ellos.

Es así (**Vela Perdomo, 2011**)<sup>1</sup> señala que la forma la interpretación y protección del derecho a la consulta previa ha estado en manos del Tribunal Constitucional, aun cuando la Constitución Política de 1993 se ha caracterizado por contener una amplia gama de derechos, y exigirle al Estado que asegure la efectividad de los mismos a partir del concepto de Estado Social de Derecho, al lado del principio de igualdad material.

---

<sup>1</sup> **Vela Perdomo, C.** La Consulta Previa para la Explotación de Recursos Naturales en el Territorio de los Pueblos Indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia 2011.

A lo largo del trabajo, al realizar un recuento sobre las luchas indígenas y los diferentes procesos que victimizaron a esta población se prepara al lector para la toma de conciencia sobre la verdadera dimensión de la problemática de estas comunidades. Este paso por la historia facilita la aproximación a la situación pasada y presente de los pueblos indígenas y, en general, de las minorías étnicas. El recuento histórico permitirá entonces dimensionar como en la práctica la consulta previa es un mecanismo de defensa de los derechos que han sido desconocidos y vulnerados por décadas, y que ahora deben ser reivindicados por parte del Estado y de la sociedad.

En esta línea jurisprudencial se identificarán las sentencias en las que la Corte se manifiesta sobre el problema jurídico descrito, lo cual permitirá construir el nicho situacional y posteriormente determinar la sentencia hito de la línea. Cada sentencia será analizada de forma estática en cuanto a la decisión que adopta, a las razones que la Corte considera fundamentales para llegar a esa decisión, y sobre la existencia o ausencia de aclaraciones y salvamentos de voto. Esta labor será productiva porque representa un estudio sistematizado y organizado en la materia que lleva a comprender la importancia de la Corte Constitucional en el trasegar de los pueblos indígenas hacia el reconocimiento de sus derechos.

Finalmente, el estudio de campo se realizará en relación con la situación de los resguardos de la Comunidad Campesina de Palca que habitan en el departamento de Huancavelica. Este trabajo de campo se hará previo acercamiento al conocimiento de las características principales de esta comunidad, de su forma de vida, su trayectoria, sus organizaciones internas, entre otras.

Específicamente el análisis realizado en los mencionados resguardos busca determinar si estos han sido consultados previamente por parte del Estado o de los particulares, antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten, o si por el contrario, en su territorio se han llevado a cabo diferentes actividades sin tener en cuenta su criterio. En otras palabras, se busca medir la

eficacia de la consulta previa en estos resguardos, esto es, el grado de aplicación que tiene y las condiciones en las que se realiza.

Como se puede ver, el trabajo que se presenta tiene un amplio contenido jurídico, y también aborda el tema estudiado desde la práctica y la cotidianidad, lo cual facilita visualizar el panorama del tema estudiado y comprenderlo en sus verdaderas dimensiones, sin limitarse exclusivamente al estudio del deber ser sino del ser cotidiano.

En vista de que la consulta previa es un mecanismo de defensa de los derechos colectivos, cuando el Estado toma medidas administrativas y legislativas que pueden perjudicar a las comunidades, sus formas de vida, sus costumbres, sus tradiciones, la cual necesita de una regulación que debe ser estrictamente cumplida cosa que en la actualidad al Estado lo que más le interesa generar mayor ingreso económico, velar por el crecimiento económico, de esta manera estropeando y vulnerando el convenio 169º de la Organización Internacional del Trabajo. Así es como en la comunidad campesina de Palca se observa la existencia de una concesión minera, por lo que ahora en esta investigación queremos conocer si la consulta previa ha sido adecuadamente aplicado de acuerdo a la normativa vigente, o es que se ha obviado.

## **1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. FORMULACION DEL PROBLEMA GENERAL**

¿Cómo se viene dando la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la comunidad campesina de palca?

### **1.2.2. FORMULACION DE PROBLEMAS ESPECIFICOS**

- ¿Cuánto reconoce la Comunidad Campesina de Palca sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera?

- ¿Cuáles son las características principales de su identidad cultural de la Comunidad Campesina de Palca?
- ¿Cómo se viene cumpliendo los principios rectores del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca?

**1.3. OBJETIVO**

**1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Conocer la aplicación del derecho a la consulta previa, en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica - Perú.

**1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Diagnosticar el cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.
- Describir los indicadores observados, del cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.
- Evaluar cuantos principios rectores del derecho a la consulta previa fueron tomados en cuenta, en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.

**1.4. JUSTIFICACIÓN**

Este escrito tiene como finalidad optar por el Título Universitario en Derecho, el mismo recoge nuestro interés por el estudio sobre la aplicación de la consulta previa, en la concesión minera en la Comunidad Campesina de Palca-Huancavelica - Perú, y desarrolla de manera especial el derecho a la consulta previa analizando a partir de las obligaciones que el Estado peruano ha adquirido a nivel internacional

como miembro de la Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de Estados Americanos sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 169 de la OIT.

Teniendo en cuenta que de manera reiterada la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, lo ha reconocido como un derecho fundamental, integrado al bloque de constitucionalidad el Convenio 169 de la OIT, pero además se ha pronunciado acerca de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas; cuando resultan de actuaciones del Estado contrarios a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93° Superior, aunque no sean vinculados directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las ordenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ese y los casos que sean similares.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES

##### A. A NIVEL LOCAL

Como informe de investigación, aquí en la región Huancavelica no se encontró ningún antecedente similar al que se pretende desarrollar.

##### B. A NIVEL NACIONAL

(Taípe Sanches, 2005)<sup>2</sup> realizó investigación "*Pueblos indígenas-Condición jurídica leyes Pueblos indígenas-Perú condiciones sociales Comunidades Campesinas Perú Colcabamba*" (Huancavelica: Distrito). En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; el investigador llegó a la siguiente conclusión:

---

<sup>2</sup> TAÍPE Sanches. Condición jurídica Leyes Pueblos Indígenas-Perú Condiciones Sociales Comunidades Campesinas Perú Colcabamba. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Con la conquista y coloniaje en los Pueblos Indígenas se ocasiono una ruptura del proceso histórico de su civilización, desarrollo económico, social y cultural produciéndose el resquebrajamiento del normal ciclo de vida, alineación cultural, pérdida de identidad y despojo de inmensas extensiones de territorios de dominio ancestral, siendo divididos en espacios llamados comunidades, con derechos cada vez más diminutos. Actualmente se encuentran en extrema pobreza en los estratos de calidad de vida y exclusión con poca participación social y política.

El reconocimiento como Pueblo Indígena no supone su separación del Estado, sino su inclusión como sujeto jurídico, al que le corresponde una serie de derechos colectivos; implica la consolidación del reconocimiento a mantener su identidad diferenciada de los demás componentes de la nación de la que son parte, es decir, en su condición de pueblos indígenas.

El territorio de los pueblos indígenas es considerado un espacio físico de permanente expropiación, fragmentación, usurpación, explotación y degradación ambiental ya que los resultados de estos hechos no solo constituyen una pérdida de la tierra, sino fundamentalmente una afectación en la identidad y valor cultural que representa el territorio para las comunidades.

El conjunto de normas no son sistematizados y no responde a los principios y estándares Internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, desde el convenio 169 de la OIT hasta el proyecto de Declaración Americana de Pueblos Indígenas, que se viene elaborando, a nivel de la Organización de Estados Americanos con la participación y decisión de los pueblos indígenas.

C. A NIVEL INTERNACIONAL

(Vela Perdomo, 2011)<sup>3</sup> Realizo la investigación "La consulta previa para explotación de recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño". El trabajo de investigación aquí presentado fue realizado en la Universidad nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Bogotá Colombia 2011).

El desarrollo de esta investigación, al permitir un acercamiento al estudio de la consulta previa de los pueblos indígenas nos lleva a concluir que aún se deben dar pasos hacia el reconocimiento y la garantía real de los derechos de estas comunidades. Esto significa que se ha verificado el poco compromiso que existe en la práctica con el respeto por el derecho a la consulta previa, libre e informada o por los derechos relacionados con esta, tales como la participación, la autodeterminación y el territorio.

El desarrollo legislativo en la materia presenta una tendencia evolutiva, que se acentúa, con la expedición de la Constitución de 1991. No obstante, aún es evidente que no se han adoptado las decisiones legislativas acertadas para garantizar el derecho a la consulta previa en las condiciones y ámbitos que se señalan en el convenio 169 de la OIT.

No obstante, la practica demuestra que a pesar de los avances en la materia, aún es muy significativo el abandono por parte del

---

<sup>3</sup> Vela Perdomo, C. La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de los Pueblos Indiginas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia 2011.

Estado a las comunidades indígenas, al menos en lo referente a verificar de manera efectiva, el cumplimiento previo de la consulta previa, libre e informada y la existencia de consentimiento para la expedición de medidas legislativas y administrativas que los afecten, no solo en relación con la exploración y explotación de recursos naturales, sino también con otros asuntos directamente relacionados con sus derechos, en los resguardos del pueblo de los Pastos la situación es igual, existe un desconocimiento generalizado por parte de los líderes indígenas acerca de los mecanismos legales con los que pueden reclamar el cumplimiento de sus derechos, y la consulta previa no se realiza en la gran mayoría de los casos.

Finalmente, es posible concluir que la situación de los pueblos indígenas de Bolivia, Ecuador, y Perú no es en mucho diferente. Tampoco en estos países se ha desarrollado con rigurosidad y compromiso el convenio 169º de la OIT, e incluso, los avances normativos y jurisprudenciales en algunos casos podrían ser menos significativos que en el ejemplo colombiano.

**(Acosta Cardenas, 2010)<sup>4</sup>** Investigo sobre *“la aplicación de la mediación en la consulta previa a los pueblos indígenas como el mecanismo para llegar a acuerdos o buscar el consentimiento en caso de exploración y explotación de recursos no renovables”*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”

En el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a auto determinarse, teniendo en cuenta su permanencia ancestral en los territorios que

---

<sup>4</sup> **Acosta Cardenas, A.** (2010). *La Aplicación de la Mediación en la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas como el Mecanismo para llegar a Acuerdos o Buscar el Consentimiento en caso de Exploración de Recursos no Renovables*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito .

habitan. La exploración y explotación de recursos no renovables dentro de estos territorios genera un conflicto de derechos, entre los pueblos indígenas y el Estado. La mediación puede ser el mecanismo utilizado dentro de la Consulta Previa para equilibrar los distintos derechos y llegar a acuerdos justos teniendo en cuenta los derechos colectivos reconocidos en la constitución, y sin dejar de lado los beneficios que esos recursos pueden otorgar a todos los ecuatorianos.

*(Antuash Tsenkush, 2009)<sup>5</sup> Investigo sobre "La eficacia de la consulta previa en la realidad del mundo indígena amazónico del Ecuador". Universidad Andina Simón Bolívar Facultad de Derecho (QUITO Ecuador 2009).*

Cómo he constatado, los derechos colectivos de las comunidades indígenas, han sido desconocidos sistemáticamente por el Estado ecuatoriano, con el afán de proteger intereses de empresas transnacionales y los contratos firmados por éste con las mismas para la exploración o explotación de los recursos naturales, entre ellos, el petróleo, la madera y otros minerales en general. Esta negación de los derechos de los pueblos ancestrales responde a clásicas y obsoletas estructuras estatales cuyo mecanismo central constituye una ciudadanía monocultural que niega al otro", que niega la inclusión de los llamados grupos minoritarios del Estado ecuatoriano, grupos que por legítimos derechos han sido y siguen siendo, los habitantes naturales y legítimos de la Amazonia y que consideran a estas tierras como un vientre sagrado y fecundo, donde se encuentran los tesoros más preciados del Ecuador que deben conservarse y guardarse.

---

<sup>5</sup> Antuash Tsenkush, A. (2009). La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazonico del Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar.

Como dejamos señalado, la Constitución de 2008. Declara al Ecuador como un Estado Plurinacional. el mismo que no ha sido desarrollado a lo largo de la normatividad constitucional, dejándolo por tanto, únicamente enunciado como un principio. Y ello implica que el Estado tiene la obligación de desarrollar el principio de la plurinacionalidad en todos los actos administrativos, judiciales-legislativos o de otra naturaleza, pero para ello se requiere de una Corte Constitucional integrada por personas imparciales y decididas a aplicar la Constitución, lo cual no sucede con la actual.

## **2.2. BASES TEÓRICAS.**

### **2.2.1. GENERALIDADES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

#### **A. BREVE RESEÑA HISTORICA DE PUEBLOS INDIGINAS.**

(Vicente , 1975, pág. 130)<sup>6</sup> Señala que el hispanoamericano está a la búsqueda de su carácter propio, de sus raíces propias: se apasiona por el pasado precolombino.

El pasado precolombino ha sido tema de estudio por décadas, no solo por constituirse en un antecedente vital para el conocimiento de la historia, sino porque permite revivir, al menos en la narrativa, los acontecimientos y sucesos vividos antes de la llegada de los españoles. No se tiene cálculo exacto del poblamiento de la América Precolombina a la época en que los españoles pisan suelo americano, se deduce estadísticamente que eran cerca de 10 a 40 millones de indígenas. España y Portugal van a repartirse este nuevo mundo en un acuerdo suscrito el 07 de Junio de 1494 denominado "Tratado de Tordesillas", tras haber emprendido

---

<sup>6</sup> Vicente , A. (1975). Derecho de los indios y desarrollo en hispanoamerica. Madrid, España: Cultura Hispanica.

expediciones en el Continente Americano modificando la vida de los pueblos indígenas.

**Roque, Roldan. (1996)**<sup>7</sup>, al analizar la legalidad indígena en el Perú, la clasifica en cinco momentos: Una primera representada por la institucionalidad incaica que tenía plena vigencia a la llegada de los españoles; una segunda fase la imposición de las leyes de la guerra de la conquista; una tercera la elaboración, adopción y difusión de una frondosa legislación de la corona para sus colonias en América; una cuarta en el siglo XIX inspirada en las ideas liberales que dio origen a la construcción de los estado-nación, que procuraban la asimilación de las poblaciones indígenas a los nuevos ordenes de la época; una quinta a partir de la constitución de 1920, en que el Estado peruano otorga a las comunidades y pueblos indígenas la posibilidad de mantener al menos en parte sus espacios territoriales, el reconocimiento de su cultura, su forma de organización y de administración de justicia en el ámbito comunal. Esta fase se ha mantenido en la historia constitucional del país a lo largo del siglo XX hasta la Constitución de 1993, la que analizaremos más adelante.

#### **A.1. ETAPA INCAICA**

**(Roque R. , 1996)**<sup>8</sup> Afirma que, "el Imperio del Tahuantinsuyo fue el epílogo de una sucesión ininterrumpida de culturas y civilizaciones que tuvieron como denominador común el colectivismo".

En el campo de la organización social la figura del Ayllu como el núcleo fundamental de la sociedad. En el ámbito propiamente jurídico la atribución a la Costumbre de fuente importante, tal vez fundamental del orden y la legalidad de los actos y de las conductas. "el interés colectivo por encima

---

<sup>7</sup> Roldan, Roque. Manual para la formación de derecho indígenas: territorios, recursos naturales y convenios internacionales. 2004.

<sup>8</sup> **Roque, R.** (1996). Tierras y Territorios Indígenas. Lima, Peru: Estudio realizado para la Secretaría Pro-Tempore del TCA .

del interés individual, la familia absorbida por el Ayllu. La propiedad colectiva y ningún concepto de propiedad individual". Los incas consiguieron organizar un Estado donde la norma jurídica era perfectamente identificable, no obstante confundirse muchas veces con elementos consuetudinarios, religiosos, morales y económicos. Distinguieron con claridad entre sociedad y estado, también entre el derecho y la moral y elevaron las normas éticas de carácter particular, a deberes de carácter público".

## A.2. ETAPA COLONIAL

(Roque & Tamayo , 1999)<sup>9</sup>, Mencionan sobre las llamadas, leyes de burgos, que por un lado reconocía la libertad de los indios y se recomendada medidas especiales de protección, por otro lado se dio vía libre a los repartimientos y las encomiendas entendida como una servidumbre benévola sobre los indios para "disponerlos y constreñirlos a la perseverancia en el trabajo y la virtud".

El sacerdote Fray Bartolomé de las Casas<sup>10</sup> de la orden de los Dominicos presenta a la Corona española la "Relación Breve de la Destrucción de los Indios" que provocan que Carlos V en el año 1542 expida las llamadas "Leyes de Indias", conjunto de disposiciones que intentaba poner término a la penosa condición de los indios, determinada por la ambición de los conquistadores y colonos. Las Leyes Nuevas abolían, en parte sustancial, las normas anteriores, prohibían el otorgamiento de nuevas encomiendas, la cancelación de las encomiendas cuyos titulares fallecieran y la prohibición de ser transferidas a sus herederos. Esto dio lugar a una ordenanza que decía " De aquí en adelante, por ninguna causa de guerra ni otra alguna, aunque sea a título de rebelión, ni por rescate ni de otra

---

<sup>9</sup> Roque, R., & Tamayo , A. (1999). Legislacion y Derechos Indigenas en el Peru. Lima, Peru.

<sup>10</sup> En la que plantea el conjunto de disposiciones que permitió poner fin la condición de indios.

manera, no se puede hacer) esclavo indio alguno, y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla pues lo son”.

Recopilación de las Leyes de Indias. Consejo de la Hispanidad, Madrid. (1943), en el que señala un aspecto importante en la legislación de Indias es el que le otorgó a los ordenamientos consuetudinarios indígenas, como soporte institucional del régimen de vida de los indígenas y de relaciones con los demás sectores de la sociedad bajo el dominio español, siempre que no se opusieran a la moral y buenas costumbres. Algunos de los textos de las leyes de Indias disponen lo siguiente: "Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y forma de vivir de los indios; policía y disposición de los mantenimientos y avisen a los virreyes y audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo (fue no fuesen contra nuestra sagrada religión, como esta ordenado"

### A.3. ETAPA REPUBLICANA

(Chuecas Cabrera, 2011)<sup>11</sup> Señala que Los Estados latinoamericanos en el siglo XIX se instalaron en la cultura jurídica de la ideología del Estado-Nación y el monismo legal, asociados a la teoría del monopolio estatal. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas fue parte del proyecto asimilacionista que los legisladores de esa época institucionalizaron. Se identificaba nación con la idea de un solo pueblo, una sola cultura, idioma e identidad, regido por una sola ley y sistema de justicia.

El principio de la "igualdad ante la ley" en su origen significó un postulado importante para la configuración de los nacientes Estados. La República heredó una profunda fractura social cuyo punto de partida fue la escisión

---

<sup>11</sup> Chuecas Cabrera, A. (2011). El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú. Lima, Perú.

entre los criollos fundadores de la República y la población indígena, que constituía la inmensa mayoría del país. Un primer momento fue marcado por los decretos de San Martín y Bolívar cuyas medidas no tuvieron efectos significativos en el mejoramiento de las condiciones de vida de los indígenas (op cit.).

(Figallo, 1988)<sup>12</sup> Señala que en los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los indios menciona que, Simón Bolívar dictó el Decreto del 8 de abril de 1824, de funestas consecuencias para los indígenas al declarar que podían vender de cualquier modo las tierras que poseían, y dispone el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecer el tributo indígena.

En el gobierno del General Ramón Castilla<sup>13</sup> se adoptaron algunas medidas a conseguir mediante la devolución de las tierras o el pago de compensaciones, la indemnización a las comunidades indígenas que hubieran sido afectas por ventas en los gobiernos precedentes. Sin embargo estas medidas no tuvieron éxito y se continuó apropiación de las tierras indígenas por los terratenientes.

En el caso de los indígenas amazónicos, la Ley N°1220 estableció que las tierras de los nativos fueran automáticamente incorporadas como tierras de dominio del Estado, porque no habían sido legítimamente adquiridas conforme al Código Civil o conforme a la Primera Ley Orgánica de Tierras de Montaña de 1898. En realidad fue una Ley que estableció privilegios en favor de aquellos que explotaron el caucho y en la práctica significó que los adjudicatarios se consideraban dueños absolutos y perpetuos de la tierra y de todo cuanto ser viviente había en ellas: plantas, animales y personas: los propios indígenas.

---

<sup>12</sup> Figallo, G. (1988). Los Derechos de Bolívar sobre los Derechos de los Indios y al Venta de Tierras de la Comunidades. Lima, Peru: Rev. Debate Agrario.

<sup>13</sup> A pesar de que el gobierno de Ramón Castilla adoptó algunas medidas a conseguir mediante la devolución de tierras o el pago de compensación, pero estas medidas no tuvieron éxito.

(Chirif, 1993)<sup>14</sup>, señala que A partir de esta Constitución se hicieron algunas iniciativas de orden legislativo por ejemplo el Decreto Supremo N° 03, del 1ro. de marzo de 1957, se autorizó la entrega de tierras a las comunidades indígenas, no con la calidad de titulaciones en propiedad sino de reservas que otorgaban a sus beneficiarios el simple usufructo. Alberto Chirif ha señalado que en cumplimiento de este decreto, pudieron haberse entregado un total aproximado de 114 reservas, sobre una superficie de 130,000 hectáreas.

Un hecho relevante en la historia legislativa del Perú es la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716)<sup>15</sup> iniciada en 1969 por el General Juan Velasco Alvarado, quien rebautizó a las comunidades de indígenas por comunidades campesinas, pero no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaron siendo vistas como salvajes.

En 1974 se promulgó el Decreto Ley N° 20653<sup>16</sup>, conocida como la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva. Esta Ley es la promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonia, a partir del reconocimiento de las "tribus selvícolas" en comunidades nativas. La ley reconoció su existencia legal y personería jurídica.

**La Constitución de 1979**<sup>17</sup>, recogiendo los principios de la Ley Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesinas y la Ley de

---

<sup>14</sup> Chirif, A. (1993). La Organización Indígena y la Defensa Territorial en Reconocimiento y Demarcación de Territorios Indígenas en la Amazonia. Bogotá, Colombia: Fundación Gaia.

<sup>15</sup> Decreto Ley N° 17716 promulgado en 1969, por el gobierno de Juan Velasco Alvarado con el cual rebautiza a las comunidades indígenas por comunidades campesinas.

<sup>16</sup> Decreto Ley N° 20653, Ley de Comunidades y de promoción agropecuaria de las regiones de selva y ceja de selva.

<sup>17</sup> Se establece que las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo.

Comunidades Nativas, estableció que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Se deja la opción de la enajenabilidad con mayoría de los dos tercios de los miembros de la comunidad". Así mismo pueden ser expropiadas por razones de utilidad pública.

**La Constitución Política de 1993<sup>18</sup>** introdujo dos preceptos novedosos uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter proteccionista cuando ésta Constitución les retiró la calidad de inembargabilidad e inajenabilidad.

Este período marcado por la Constitución de 1993, es necesario resaltar la ratificación del Convenio 169<sup>19</sup> de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado mediante Resolución Legislativa 26253 el 2 de febrero de 1994. Como el más importante instrumento internacional de reconocimiento y vigencia de derechos como individuos y como colectivos culturalmente diferenciado de sus respectivas sociedades nacionales.

---

<sup>18</sup> Se reconoció la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal

<sup>19</sup> Se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo mediante Resolución Legislativa N° 26253 el 2 de febrero de 1994.

## B. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA GENERALIDADES.

(Carrion, 2012)<sup>20</sup> Señala que el derecho de consulta previa, libre e informada, es un derecho colectivo y de participación que tiene importancia social y política, y cuya vigencia implica el reconocimiento de su alcance y contenido de acuerdo a la normativa nacional e internacional, siempre con los lineamientos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el presente acápite, se resumen, por un lado, las características básicas, alcance y límites de este derecho; y, por otro, se analizan las normas que regulan este derecho a nivel nacional y sus implicaciones jurídicas.

La consulta implica, por un lado, un límite al actuar del Estado y, por otro lado, permite el dialogo con los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas.

La Defensoría del Pueblo del Ecuador, analiza este tema desde un punto de vista de la evolución del derecho internacional y señala que, el derecho de consulta involucra dos elementos fundamentales:

- La consulta previa libre e informada, entendida como limite del poder público, contiene una obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Y otro instrumento que implica que el proceso de dialogo, entre el Estado, y los pueblos y nacionalidades indígenas, permite la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en las adopción de las decisiones estatales (Defensoría del Pueblo, 2011, 18).

---

<sup>20</sup> Carrion, P. (2012). Consulta Previa, Legislacion y Aplicacion (Carla Bonilla ed.). Quito, Ecuador.

Ambos instrumentos establecen que el propósito de la consulta es lograr el consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, el convenio 169 de la OIT, además del consentimiento, prevé como propósito de la consulta el alcanzar acuerdos. Esta idea es sumamente importante, pues facilita la toma de decisiones por parte del Estado, en tanto se establece la posibilidad de llegar a acuerdos entre este y las comunidades o pueblos indígenas, que pueden ser afectados, con excepción de los temas en los cuales, de acuerdo a la declaración de las Naciones Unidas<sup>21</sup> para los pueblos indígenas es indispensable el consentimiento previo (Declaración de las Naciones Unidas, 2006 art. 10 Y 29 párrafo 2).

(Vila Pihue, 2006)<sup>22</sup>, la consulta previa para las organizaciones indígenas, es un derecho que ha sido ganado a favor de los pueblos indígenas desde hace muchos años, esto con la sola emisión del convenio 169 de la OIT. Sin embargo, consideran que ha existido de parte de los Estados bastante indiferencia respecto a su cumplimiento, que se ha preferido relegar sus derechos por dar preferencia al de otros, como el de inversionistas y las empresas.

“es un derecho que los pueblos indígenas lo tenemos ganado desde hace muchos años. El tema es que no se cumple en el caso del peru” Op. Cit.

(Ibañez , 2012)<sup>23</sup>, la consulta es un derecho que viene desde el Convenio 169, es un derecho ser consultados sobre cualquier medida administrativa o legislativa que puede afectar los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>21</sup> Para las Naciones Unidas es Imprescindible el consentimiento previo.

<sup>22</sup> Vila Pihue, L. (2006). El Derecho de la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina. La Paz, Bolivia.

<sup>23</sup> Ibañez , J. (2012). Conferencia sobre Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas. La Paz, Bolivia.

(Hartling, 2012)<sup>24</sup>, señala que en el proceso de consulta no hay poder de veto como hemos discutido mucho aquí, hay una obligación reciproca de los indígenas de participar.

“La consulta tiene que ser seria y significativa, no es una caja que la cerramos y terminamos, el punto es entender cuáles son los derechos que están siendo vulnerados por el impacto, como va impactarnos, si hay manera de mitigar esto o si no vamos a aceptar el proyecto. Es un proceso de entendimiento e intercambio mutuo” Op. Cit.

#### B.1. CONVENIO 169°

(Garcia, 2012)<sup>25</sup>, señala que por un lado es la protección de los pueblos indígenas frente a la discriminación. Es también un instrumento de dialogo social para prevenir conflictos y para alcanzar una paz duradera con justicia social y trabajo decente. Y tenemos en el Convenio, una expresión de la aspiración a la felicidad a la que los pueblos originarios indígena campesinos tienen derecho como el resto de la sociedad.

Si queremos resumir el marco de derechos contenido en el Convenio 169, del marco general, de la política general del convenio, es que los pueblos indígena campesino deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos y sin discriminación (op. Cit.).

#### B.2. TERRITORIO

(Sorensen, 1978)<sup>26</sup>, señala que “en la actualidad se considera al territorio como un espacio tridimensional, puesto que no solo tiene longitud y latitud,

<sup>24</sup> Hartling, J. (2012). Conferencia sobre el Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas (Gonzalo Galvez ed.). La Paz, Bolivia.

<sup>25</sup> Garcia, M. (2012). Conferencia sobre el Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas (Gonzalo Galvez ed.). La Paz, Bolivia.

<sup>26</sup> Sorensen, C. (1978). Manual de Derecho Internacional Publico. Mexico.

sino, también profundidad en el cual se incluye al espacio adyacente y a los yacimientos subterráneos”.

**(Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental)**<sup>27</sup> Define al territorio como. “parte de la superficie terrestre sometido a la jurisdicción de un Estado, provincia, Región o municipio. La base geográfica de una nación, comprendida dentro de sus fronteras, el espacio sometido a su imperio y el sujeto a su jurisdicción”.

**Artículo 54º** de la constitución política del Perú señala que, el territorio del Estado es inalienable e inviolable, comprende el suelo subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.

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

El instituto Interamericano de Derechos Humanos<sup>28</sup> ha determinado que “territorio se refiere a una área geográfica o un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo. Tierra se refiere a la porción dentro de ese espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica.

**(La Torre )**<sup>29</sup>, Nos comenta en su artículo titulado "Derechos territoriales frente a las actividades petroleras: “un reto para la gobernabilidad democrática”, lo que los pueblos indígenas pueden considerar al encarar un proyecto de extracción de recursos no renovables en sus territorios”.

Para los pueblos indígenas, esta concesión no representa solamente un permiso para pasar libremente por sus tierras hacia el lugar donde se encuentra el yacimiento o la cesión de una pequeña área para las labores

<sup>27</sup> Cabanellas, G. (s.f.). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina.

<sup>28</sup> Determina que el territorio es un área geográfica o un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo.

<sup>29</sup> La Torre , L. (s.f.). Derechos Territoriales Frente a las Actividades Petroleras. Quito , Ecuador.

de producción. Lamentablemente, son muchos los derechos de los que se ven despojados al introducirse las empresas, algunos tan fundamentales como la salud, el control autónomo de sus territorios ancestrales, el disfrute de la paz, tranquilidad y seguridad, su vida espiritual, el desarrollo de su cultura y de su identidad, su independencia, su alegría, su orgullo y el disfrute de sus recurso en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida con calidad humana. Y por supuesto, la dignidad (op cit).

**B.3. COMUNIDAD CAMPESINA**

**La Constitución Política del Perú en su artículo 89º** señala que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas, así mismo indica, que son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus, tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

(Carrion, 2012)<sup>30</sup> Menciona que la consulta comunitaria constituye un mecanismo propio de las comunidades para pronunciarse sobre los actos de la administración pública que atentan contra sus derechos colectivos, en este caso, la protección de fuentes de agua para el abastecimiento del líquido que permite la supervivencia humana. Este proceso, si bien no está reconocido textualmente en la normativa nacional, supone el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos, reconocido en instrumentos internacionales.

---

<sup>30</sup> Carrion, P. (2012). Consulta Previa, Legislacion y Aplicacion (Carla Bonilla ed.). Quito, Ecuador.

**Sentencia de CIDH (2012)**<sup>31</sup> destaca lo importante que la corte ratifique que, "una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es el reconocimiento a la consulta, el cual está en particular reconocida en el convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios" (CIDH, 2012:5).

#### **B.4. CONCESION MINERA**

**En su artículo 66° de la Constitución Política del Peru**<sup>32</sup>, señala que, 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.

**En su artículo 90° del Decreto Supremo N° 014-92-ME**<sup>33</sup>, menciona que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos, recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble

---

<sup>31</sup> una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es el reconocimiento a la consulta.

<sup>32</sup> recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, El estado es soberano en su aprovechamiento.

<sup>33</sup> la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos, recursos minerales concedidos.

aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias. Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. (Artículo 200, inciso a), Decreto Legislativo No 708 y artículo 160, Decreto Legislativo No 109).

**C. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERU**

(Claudia Vela, 2011)<sup>34</sup> señala, tal como se puede verificar de las disposiciones legales existentes en el ordenamiento jurídico Peruano, la consulta previa no resulta ser un tema que esté completamente regulado, como lo exige el Convenio No 169 de la OIT, es decir, no hay reglamentación de todos y cada uno de los temas que les conciernen a las comunidades indígenas, sino sólo de algunos de ellos, e incluso, en las materias en que la consulta previa hace presencia, no se consigue una regulación precisa que garantice sus derechos como lo exige la normatividad internacional.

En cuanto a la Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH 21/06/2000, que aprueba la directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, debe decirse que si bien reconoce el derecho a la identidad étnica como el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa<sup>35</sup>; entendiendo que tal derecho comprende: el derecho a decidir

<sup>34</sup> Vela Perdomo, C. (2011). La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indiginas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

<sup>35</sup> Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH 21/06/2000.

sobre su propio desarrollo, a sus formas de organización, y en lo que atañe al tema, el derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles, no establece ningún mecanismo para hacer valer y respetar dicho derecho, lo que hace que en la práctica el mismo resulte inviable.

Lo mismo ocurre con el Decreto Supremo N° 038-2001-AG 22/06/2001 el cual establece en su artículo 43 que para la categorización o establecimiento de un área protegida deben realizarse procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluyen a las comunidades campesinas o nativas, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Convenio 169, tema frente al cual no hay gran controversia<sup>36</sup>.

Frente a las actividades del sector minero se expidió en el año 2003 el Decreto Supremo 042-2003-EM del Ministerio de energía y minas, en este decreto, se obliga a las empresas mineras a respetar las instituciones, las autoridades, culturas y costumbres de las localidades que habitan en el territorio intervenido<sup>37</sup>, esto se obtiene a través de una manifestación jurada, la cual resulta siendo meramente declarativa dado que no se prevé ningún mecanismo para hacerla efectiva o controlar su cumplimiento.

Por su parte, el Decreto Supremo 028-2008-EM establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008. Esta norma hace referencia al Convenio 169 de la OIT, pero establece mecanismos inconsecuentes, que no implican un desarrollo del Convenio. Así por ejemplo, hace alusión al principio de buena fe en la consulta y a la finalidad de la misma, que se

<sup>36</sup> Decreto Supremo N° 038-2001-AG 22/06/2001.

<sup>37</sup> Decreto Supremo 042-2003-EM del Ministerio de energía y minas en el año 2003.

81

centra en conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas se ven afectados. Así mismo, la norma contempla una serie de derechos y principios como: 1-. El derecho a la participación, 2-. El derecho al acceso a la información, 3-. El principio de respeto a la diversidad cultural, 4-. El principio de no discriminación, 5-. El principio de vigilancia ciudadana y 6-. El principio de diálogo continuo. Sin embargo, lo anterior contradice todo esto, cuando dispone que la consulta previa se efectúe con posterioridad a la concesión minera, dejando sólo como enunciados los principios transcritos del Convenio 169 OIT.

(**Claudia Vela, 2011**)<sup>38</sup> afirma que de esta forma, la consulta previa se lleva a cabo en lo relacionado con los estudios de impacto ambiental y social, los mismos que se deben solicitar y realizar previa intervención minera, según lo establece el Decreto Supremo 038-2001- AG y el 028-2008- EM, pero posterior a la aprobación del proyecto a ejecutarse. Los estudios previos según la citada regulación, se encomiendan a las empresas que efectuarán las actividades mineras, siendo que los mismos deberían corresponder a una labor realizada por entidades imparciales, de conformidad a lo establecido por la Corte Interamericana de derechos Humanos, corporación que hace énfasis en que estas actividades deben obligatoriamente reportar beneficios para los pueblos indígenas.

En este sentido, puede afirmarse que la consulta previa en el contexto descrito no busca involucrar a las comunidades indígenas en la actividad a realizarse, esto es, no existe una participación directa en cuanto al proyecto como tal, sino al estudio ambiental que surja del otorgamiento de la

---

<sup>38</sup> **Vela Perdomo, C.** (2011). La Consulta Previa para la Explotación de Recursos Naturales en el Territorio de los Pueblos Indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

concesión minera. De esta forma, la consulta previa descrita en el mencionado decreto no requiere ni tiene en cuenta el consentimiento de la comunidad frente al proyecto minero, sino sobre el impacto ambiental y sobre la forma de neutralizar los efectos.

**(Claudia Vela, 2011)**<sup>39</sup> La consulta previa, según esta normatividad, se entiende como un proceso de información y diálogo, lo que representa una noción bastante sesgada de conformidad con las disposiciones del convenio 169 OIT, pues en ningún caso comporta el mecanismo para encontrar un acuerdo respecto de una actividad minera específica. Adicionalmente, no se entiende a la consulta previa como un mecanismo obligatorio de participación sino como un requisito formal facultativo, con lo cual pierde su naturaleza garantista.

Por su parte, la participación de las comunidades indígenas en el sector energético está regulada por el Decreto Supremo 12-2008-EM, publicado el 20 de febrero de 2008, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. Esta norma corrigió que la consulta se realizará después de la concesión, al establecer que ésta busca determinar si podrían afectarse los intereses de las poblaciones que habiten en las zonas de influencia de los proyectos de hidrocarburos a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozcan y analicen las principales preocupaciones manifestadas.

Sin embargo, la orientación de la participación ciudadana, tal como está concebida, no logra los resultados exigidos por las normas internacionales, en cuanto a propiciar una efectiva participación de las comunidades

---

<sup>39</sup> **Vela Perdomo, C.** (2011). La Consulta Previa para la Explotación de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

indígenas, esto por cuanto, la regulación de la consulta es una norma de tipo muy general, lo que permite varias interpretaciones al momento de su aplicación, y que ha llevado a que las empresas extractivas lo único que lleven a cabo sean talleres informativos y audiencias públicas una vez otorgados los derechos, esto es, de forma posterior a la suscripción de los contratos de exploración o explotación.

De manera que, en el sector energético no es muy clara la presencia de la consulta previa como mecanismo de participación de los pueblos indígenas, pues el otorgamiento de los derechos o permisos para realizar actividades extractivas en nada depende de la consulta que se haga a los pueblos indígenas. Además, no se trata de una consulta propiamente dicha la que se involucra en esta regulación, sino de talleres que informan el inicio de una actividad, y que en últimas se acercan más a los medios difusivos formales, que a los de participación y decisión.

Respecto de la Ley general de ambiente debe decirse que es de las últimas normas aprobadas en los temas ambientales y de conservación de la biodiversidad, y aunque por técnica jurídica no es la norma que de por sí deba contener el mecanismo de la consulta previa, y lo prevé en su artículo 72 de la siguiente forma:

*"Artículo 72 °- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas: inciso 1- los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptarán las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica y a sus valores tradicionales." (Congreso de la Republica. Ley Nº 28611:2005) ibed.*

Así mismo, en el inciso segundo del mentado artículo 72 establece que "en caso de haber proyectos o actividades para ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los

procedimientos de la consulta previa se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de estas... Op. Cit.

En el mismo sentido, el inciso 3 de esta norma otorga a los pueblos indígenas tan sólo los derechos de libre acceso "Para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales" -sin garantizar que estas zonas no estén contaminadas por el proyecto minero-, y un derecho de preferencia para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras sólo en el caso en que no exista reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros. (Op Cit.)

Esta Ley establece claramente limitaciones en cuanto al manejo de los recursos naturales por parte de terceros, en caso de involucrarse tierras de comunidades campesinas y nativas, de tal forma que las empresas interesadas en realizar un proyecto que toque el territorio de estas comunidades deberán incluir en sus estudios el impacto socio-cultural del proyecto para las localidades que resulten afectadas. Así mismo, deberán orientar la consulta previa a lograr un acuerdo con los representantes a fin de preservar los derechos y costumbres tradicionales. La norma prevé mecanismos de resarcimiento obligatorios en caso de ocasionar daños ambientales o socioculturales, y finalmente, establece la necesidad de pactar una participación justa y equitativa de los pueblos indígenas frente a los beneficios económicos que reporte un proyecto en su territorio.

Así, y pese a que esta norma lleva el alcance de la consulta previa un poco más cerca de la exigencia de las normas internacionales, también presenta limitantes en la forma como ha sido concebida. Particularmente, puede notarse que no define el momento oportuno en que deberá efectuarse la consulta previa dentro del proceso de otorgamiento de los derechos para realizar una actividad extractiva, además, se puede ver que el procedimiento de la consulta previa se orienta preferentemente a establecer acuerdos entre los pueblos y las empresas para señalar beneficios y medidas compensatorias, restringiendo los fines que en realidad debería

tener, que consisten precisamente en obtener el consentimiento o conocer la voluntad de los pueblos indígenas, tal como lo establece el Convenio 169 OIT.

(Claudia Vela, 2011)<sup>40</sup> señala que como puede observarse de la anterior ilustración, las normas existentes en el ordenamiento jurídico peruano no responden a verdaderas intenciones de desarrollar lo establecido en el Convenio 169 OIT, pues aunque se procura integrar este tema con la regulación de materias que afecten o involucren la vida de las comunidades indígenas, no se lo hace desde la finalidad de la norma, de manera que el derecho de la consulta previa en el Perú no corresponde con los mandatos y las exigencias de las normas internacionales.

Las consecuencias de las situaciones como éstas, en las que no se satisfacen las necesidades propias de una comunidad específica, pueden verse desde dos perspectivas: 1-. La falta de garantías para el grupo afectado y 2-. La ineficacia de las pocas normas que puedan brindar alguna protección a los mismos. En cualquier caso, la incidencia de esto se refleja en el grado del conflicto que puede llegar a producirse al interior del país.

**En un estudio realizado por la Fundación para el Debido Proceso Legal:** Instituto de Defensa Legal Seattle University School Of Law, publicado en el año 2010, acerca de la consulta previa en Perú, se hace mención al contexto de la alta conflictividad en el país a causa de la falta de coherencia entre la normatividad interna y la Internacional. Al respecto, se afirma que uno de los principales problemas del Perú, por su enorme impacto negativo, es la falta de cumplimiento de la obligación de consultar

---

<sup>40</sup> Vela Perdomo, C. (2011). La Consulta Previa para la Explotación de Recursos Naturales en el Territorio de los Pueblos Indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

a los pueblos indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la poca atención a la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana.

De acuerdo con la tipología de los conflictos sociales reportados por la Defensoría del Pueblo en septiembre de 2009, el 47% de los conflictos corresponde a causas socio ambientales, el 13%, al cultivo de coca, el 1% se relaciona con causas electorales, el 3% se refiere a las causas de demarcación territorial, el 4% corresponde a cuestiones comunales, el 13% tiene que ver con temas laborales, el 11% se desencadena por asuntos de Gobierno Nacional, el 2% se relaciona con asuntos de Gobierno Regional, el 17% se origina por asuntos de Gobierno Local y el 1% restante corresponde a otros conflictos.

Al analizar el detalle de los casos que reporta la Defensoría del Pueblo, podemos observar que el desconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no se restringe a una categoría determinada, sino que es transversal a los distintos tipos de problemas que se señalan. Es importante tener en cuenta esto, pues los conflictos vinculados al derecho y a la consulta previa de los pueblos indígenas no se limitan a los conflictos socio ambientales que reporta la Defensoría del Pueblo (aunque son la mayoría de casos), y no en todos los casos dentro de esta categoría están involucrados los pueblos indígenas.

En el citado estudio, se analizan 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. Para el efecto, se elabora un cuadro en el que se presenta el número de conflictos por región, y se detalla cuántos de estos conflictos involucran el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y cuáles no.

Las regiones involucradas en el estudio fueron las siguientes: Amazonas, Ancash, Apurímac, Apurímac/Cusco, Arequipa, Arequipa/Cusco, Arequipa/Puno, Ayacucho, Ayacucho/Arequipa, Ayacucho/Huancavelica,

Cajamarca, Callao, Cusco, Cusco/Junín, Cusco/Madre de Dios/ Puno, Huancavelica, Huánuco, Ica, Ica/Lima, Junín, La libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Moquegua/Puno, Moquegua/Tacna, Nacional Pasco, Piura, Puno, San Martín y Tacna. En estas regiones se encontró, que el 44% de los conflictos activos y latentes, corresponden a casos donde hay necesidad de la consulta previa, y que involucran a los pueblos indígenas en el Perú.

El estudio concluye que respetando el derecho a la consulta previa 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. Lo anterior, teniendo en cuenta que a través de la consulta previa se pueden establecer posibles acuerdos sobre las diferentes medidas que afecten el medio ambiente y otros factores, así mismo, pueden determinarse las compensaciones económicas que tendrían lugar en el caso de una explotación y afectación de los territorios con sus consecuentes daños al ambiente y a la salud, así como la distribución de los recursos naturales y la utilización de los mismos, dando cabida a lo que podría denominarse un diálogo intercultural entre la comunidad, la empresa y el Estado.

La consulta previa se rige, entonces, como un mecanismo de participación, pero también como una forma de garantizar el sostenimiento del medio ambiente y la democracia al interior de un país.

**(Carhuatocto Sandoval H. , 2012)<sup>41</sup>**, En su texto intitulado " Las Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional" cuando afirma:

*"Los conflictos sociales indígenas que tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa,*

---

<sup>41</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2013). Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento. LIMA.

*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" Op. Cit.*

No obstante a lo anterior, los gobiernos de los últimos años, lejos de preocuparse por desarrollar normativamente y en la práctica el derecho de consulta en Perú, con fundamento en lo dispuesto por el Convenio 169 OIT, han desconocido las pocas normas existentes, ello se puede verificar, por ejemplo, con la expedición de los siguientes decretos legislativos: 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085, los mismos que no estuvieron precedidos por el procedimiento de consulta y por tanto, vulneraron y afectaron directamente el territorio de los pueblos indígenas y otros de sus derechos.

En el informe que presenta la comisión de expertos de la OIT publicado el 20 de febrero de 2009 al analizar la situación de la consulta previa en Perú, pueden verificarse cuatro observaciones importantes de resaltar. (CEACR, 2009).

En el Perú no existe un criterio unificado ni una misma terminología para distinguir la categoría jurídica de los pueblos indígenas. La diferencia o analogía con las comunidades campesinas y nativas genera confusiones y ello lleva a que no resulte claro a quién se le aplica el Convenio. Es por ello que la CEACR le pide al Gobierno que adopte las medidas requeridas para acoger un sólo criterio que agrupe todas las formas organizadas de los pueblos originarios que habitan el país.

No existe una acción coordinada y sistemática entre el Gobierno y los pueblos indígenas para la toma de decisiones y Contrariamente, se observa

la poca aplicación del derecho a la consulta previa y la participación para las propuestas legislativas y actividades dentro de los territorios indígenas, según lo exigen los artículos 2, 6, 17 y 33 del Convenio 169 de la OIT. Por las anteriores razones, la Comisión insta al Gobierno a que busque la participación y consulta de los pueblos indígenas y a que cree los mecanismos necesarios que permitan el desarrollo de una institucionalidad que garantice la participación de los pueblos indígenas.

Es indispensable identificar las situaciones urgentes en relación con la explotación de los recursos naturales que existan en el territorio de los pueblos indígenas, en las cuales se pongan en riesgo las instituciones, las personas, los bienes, las culturas, el trabajo y el medio ambiente. La CEACR le solicita al Gobierno que garantice la consulta previa en relación con esta clase de proyectos.

La CEACR solicita al Gobierno que proporcione información sobre dichas medidas y sus avances, junto con sus comentarios sobre las comunicaciones recibidas, en forma detallada. La Comisión le otorgó plazo hasta el 1 de septiembre de 2009. Actualmente, se encuentra en curso el proyecto de Ley No 2016 de 2007-CR propuesto por el partido Nacionalista Peruano, el cual, al parecer, recoge exigencias importantes en la regulación de la consulta previa, pues procura unificar la regulación existente en las diferentes materias que afectan la supervivencia y estabilidad de los pueblos indígenas. Lo importante, no es lograr que en un ordenamiento jurídico se prevea la consulta previa sino que ésta alcance un alto grado de efectividad y se cuente con los mecanismos jurídicos eficientes para exigir su cumplimiento.

### C.1. OBJETO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA.

(Henry Carhuatocto, 2013:232)<sup>42</sup> afirma que la Ley de Consulta Previa se aplica a todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente a los pueblos indígenas. Advirtamos que susceptible, significa capaz de recibir modificación o impresión, en el caso concreto, implica que pueden ser objeto de consulta, las medidas que pueden afectarles directamente a los pueblos indígenas, y no solamente a las que se tiene certeza que las pueden afectar directamente. Lamentablemente, la Ley de Derecho de Consulta Previa, solo enfatiza las que pueden afectarles directamente, peor aún, enfatiza que el tipo de afectaciones: derechos colectivos, 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.

(STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37) 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" sin embargo, los criterios antes mencionados serán una limitación en su aplicación desde el punto de vista formal, tan querido por los funcionarios públicos, regidos por

---

<sup>42</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2013). Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento. LIMA.

el principio de legalidad. Por otra parte, que la Ley, señale de manera expresa que es obligación del Estado realizar la consulta previa, despeja cualquier duda, o mala interpretación, con relación a de quien es la obligación de realizar la citada consulta. Recordemos que el Tribunal Constitucional ha manifestado que "el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado.

- (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y
- (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar "derecho al veto.

El TC establece con lucidez que es posible distinguir cuando menos tres modos que medidas estatales (administrativas o legislativas) pueden menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas tales como:

- (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;

- (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación "indirecta" a los pueblos indígenas; y,
- (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general (STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21).

El TC así nos precisa el núcleo esencial del derecho a la consulta previa como derecho colectivo reconocido por la Constitución derivado del derecho a la identidad étnica y cultural, ahora llama la atención que la Ley resalte como criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivo, y extrañamente, evita mencionar de manera frontal la afectación directa al medio ambiente, vida, salud, o la propiedad comunal<sup>43</sup>. 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.

El TC, reconoce que el derecho a que la consulta se debe realizar "de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad;" sin embargo, no fortalece a la autoridad nacional indígena, dándole el encargo de llevar adelante dicho proceso, y todo lo contrario desconoce al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, en adelante INDEPA, un organismo técnico permutándolo por uno político como el Viceministerio de Interculturalidad.

---

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional

## C.2. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA.

(Henry Carhuatocto, 2013:233)<sup>44</sup> señala que Los principios tienen son guía que inspiran el ordenamiento jurídico, y tienen básicamente tres objetivos bien definidos informar, es el fundamento y fuente de donde el operador deberá partir al momento de aplicar la ley. Asimismo, actúa como fuente supletoria, en los casos en que no hay una previsión legal expresa (método de integración del derecho), y en última instancia permite que a través de ellos se interprete la ley, y oriente al los operadores en la implementación de un procedimiento administrativo. En última instancia, los principios son postulados que buscan asegurar la efectiva de una institución jurídica y respetar el contenido e implicancias de un derecho constitucional. En ese sentido, la consagración de los principios de la consulta previa son un acierto de esta norma, pues establecen como guías para aplicar la consulta son:

### C.2.1. OPORTUNIDAD

(Henry Carhuatocto, 2013) señala que el proceso de consulta previa se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

Ciertamente, la consulta previa es un proceso dinámico, que se realiza previamente a la aprobación de las medidas legislativas o administrativas, sin embargo, también durante la ejecución de sus diversas fases o etapas, que por ejemplo en el caso de concesiones implica la suscripción de un contrato, la fase de exploración, explotación y cierre (remediación de pasivos). Advertimos que el análisis del artículo 6° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que reglamenta el artículo 15° del Convenio 169

---

<sup>44</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

6K

referido a la consulta previa en el caso de aprovechamiento de recursos naturales deja un sin sabor cuando se señala que "es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa (...) que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso." Lo que dice el Reglamento se aparta del principio de oportunidad, pues deja la puerta abierta para que no necesariamente se consulte el otorgamiento de la concesión sino solamente el acto administrativo que autoriza el inicio de las actividades de exploración o explotación, que no necesariamente es la certificación ambiental, sino la autorización posterior que otorga la administración para que inicie operaciones el titular del proyecto, lo cual evidentemente desnaturaliza la esencia de la consulta previa y su oportunidad, pues el objeto sustancial de consulta anticipada es la entrega de la concesión, y sólo por añadidura, los será el Estudio de Impacto Ambiental, y eventualmente el acto administrativo de inicio de operaciones de la empresa, un acto administrativo residual.

### C.2.2. INTERCULTURALIDAD

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>45</sup> señala que el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas. Ello implica desarrollar estudios para mayor conocimiento de nuestros pueblos indígenas, que deben ser promovidos no sólo por la autoridad rectora sino desde las universidades e institutos que operan en zonas donde habitan poblaciones indígenas. También supone la

---

<sup>45</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

elaboración de guías y metodologías consensuadas que permitan llevar a la realidad un verdadero diálogo intercultural respetuoso de las culturas originarias o nativas.

**C.2.3. BUENA FE**

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>46</sup> comenta que las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas. Recordemos, lo manifestado por la OIT, en el Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, señaló, "en el caso del Ecuador, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2001, se refirió a los trabajos preparatorios del Convenio y declaró que consideraba que el «concepto de las consultas a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común». El Comité tripartito indicó que no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental."

El proceso de consulta previa, como el de la participación ciudadana, está regido por el principio de buena fe, con una diferencia, en este caso, ella

---

<sup>46</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

implicara la honesta y leal intención de querer arribar a un acuerdo ambas parte, y en última instancia, a obtener el consentimiento del pueblo indígena de manera regular, y sin utilizar mecanismos fraudulentos, o convertir al proceso de consulta en una mera formalidad carente de vocación de diálogo. Llama la atención que la norma, enfatice que "está prohibido todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas" pues siendo conceptos tan subjetivos, quedara a discreción de la autoridad cuando se presentan estos casos, que a diferencia del caso fortuito o fuerza mayor, son demasiado etéreos y genéricos, constituyendo un peligro para la continuidad del proceso de consulta. Además en última instancia la política es intrínseca a las sociedades, y los hechos que en teoría, se pueden asociar a lo antidemocrático, calzan perfectamente en supuestos de fuerza mayor, no había necesidad de explicitar un supuesto tan difuso, arbitrario, y manipulable.

#### C.2.4. FLEXIBILIDAD

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>47</sup> comenta que la consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados. La naturaleza de las cosas, nos hace tratarlas teniendo en cuenta su esencia y estructura, así resulta razonable que la flexibilidad genere procesos de consulta previa adecuados a las medidas que se consultaran, teniendo en cuenta estructura socio cultural de cada pueblo indígena. De esta manera, se tendrá que desarrollar un proceso de consulta previa, teniendo en cuenta la estructura de cada pueblo indígena pero también de cada entidad estatal, así habrá una consulta previa especial para las leyes aprobadas por el Congreso de la República, otro

---

<sup>47</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

para las medidas adoptadas por la entidades del Poder Ejecutivo, y otros más, para las medidas propuestas por el Gobierno Regional y Municipal. También la flexibilidad y el plazo razonable deberá ser puesta a prueba según la complejidad de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta, así no será lo mismo consultar una Ley o reglamento de más de 300 artículos, que una de tres artículos, o una concesión de pequeña envergadura que un megaproyecto, la estructura del ente rector de pueblos indígenas o su extinción, ciertamente, a mayor complejidad del tema habrá mayor intensidad de debates, y se requerirá de un mayor tiempo para producir un auténtico y genuino dialogo, que pasa previamente por entender y comprender el objeto de discusión. En ese contexto, La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 29763, y su supuesta consulta previa, defendida por la Defensoría del Pueblo, no pareció cumplir estos cánones, al haberse efectuado una consulta previa con una parte de las organizaciones indígenas, y sin previamente establecer un procedimiento administrativo. Lo propio, podemos decir de la norma que aprueba la fusión del INDEPA con el Ministerio de Cultura, que debió ser objeto de consulta, y no lo fue, y por tanto debería ser dejado sin efecto, y dar paso a un INDEPA con mayor independencia y participación de los pueblos indígenas andinos, amazónicos y afroperuanos.

**C.2.5. PLAZO RAZONABLE**

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>48</sup> comenta que el proceso de consulta se lleva acabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta. Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben

---

<sup>48</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indiginas en el Peru. Lima, Peru.

contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.<sup>263</sup> Evidentemente, los costos de transporte, alimentación y traslado, y otros necesarios, para realizar esta etapa será asumido por la entidad proponente de conformidad con el numeral 2 del artículo 19° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

**C.2.6. AUSENCIA DE COACCION O CONDICIONAMIENTO**

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>49</sup> señala que la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno. Es evidente que el dolo, el fraude, el engaño, el ardid, mala fe, la coacción, la extorsión, la corrupción, el chantaje, y otros vicios, dejan sin efecto la eficacia de la consulta previa, por lo que cuando se detecten será causalidad de nulidad del proceso de consulta.

**C.2.7. INFORMACION OPORTUNA**

los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. Una de los principales problemas en la gestión

---

<sup>49</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

ambiental, especialmente de los megaproyectos, es la ausencia de transparencia y acceso en la información ambiental, este fue el caso de las concesiones temporales de la Centrales Hidroeléctricas de Paquisapango e Inambari, en cuyas áreas de influencia existen poblaciones indígenas, donde apenas se brindaban resúmenes ejecutivos, mas no los estudios ambientales completos, lo que dificulto el conocimiento de los impactos de estos proyectos sobre las poblaciones afectadas. Así, es acertado, que se consagre la exigencia no sólo de brindar información completa y suficiente para realizar el proceso de consulta previa, sino que esta sea puesta en conocimiento oportunamente, para no desnaturalizar el procedimiento, y permitir a los pueblos indígenas tomar conocimiento adecuado e idóneo de los impactos de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

**C.3. CRITERIOS DE IDENTIFICACION DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES**

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 si 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 cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa", se refieren a este nuevo sujeto de derecho. Es interesante, observar que la afectación a la que se refiere la Ley, puede ser positiva o negativa, esto es no se puede pretender solamente realizar consulta previa cuando existe una afectaciónnegativa

sino también cuando la misma producirá impactos positivos, pues los pueblos indígenas tienen derecho a ser parte activa de las decisiones estatales que repercutirán en su vida, y efectuar sus aportes, así como brindar su consentimiento, pues finalmente, ellos son los que serán los beneficiarios o perjudicados, por la medida legislativa o administrativa que se va adoptar.

Asimismo, el artículo 6º de la Ley de Consulta Previa, indica que "los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales." Siguiendo, fielmente lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, ello permitirá que se reconozcan las organizaciones sociales de nuestros pueblos indígenas, de acuerdo a sus usos y costumbres tradicionales, rompiendo las cadenas de la formalidad que siempre los han atado a la estructura rígida creada por nuestro Código Civil (asociaciones) o la propia Ley General de Comunidades Campesinas o Nativas (y ese otro sujeto de derecho). Todo ello debería llevarnos a celebrar el reconocimiento oficial de los "pueblos indígenas" como nueva categoría de sujeto de derecho, hace mucho aceptada en el plano internacional.

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:

**a) 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.

**b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.**

Estilos de vida es algo bastante cuestionable como criterio objetivo, debido a que el sincretismo cultural, y el mejoramiento de condiciones de vida, puede haber traído consigo que muchos pueblos indígenas adopten estilos de vida occidentales, sin por ello haber perdido su identidad cultural. Aquí se nos viene a la mente, la utilización de polos deportivos de parte de algunos miembros de comunidades indígenas, sin que esto importe, que reniegan de su cultura, la cual practican, por tanto, a pesar de utilizar indumentaria occidental, eso no les hace perder su condición de pueblo indígena, sino recordemos los a los pueblos indígenas que viven en zonas de la principales ciudades del país, como los Aymarás en Puno, o los Ashanincas en Lima. 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, siendo un caso especial, el de los pueblos indígenas afrodescendientes, que el Convenio 169 de la OIT reconoce bajo el nombre de pueblos tribales, y donde se prescinde del tema de territorio, y se releva a su máxima expresión su identificación cultural.

**c) Instituciones sociales y costumbres propias.**

Aunque este criterio se desprende del propio Convenio 169 de la OIT, llama la atención de costumbres propias, 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.

**d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.**

Entendemos que este criterio permite a los pueblos indígenas afroperuanos puedan hacer valer sus derechos colectivos, pues poseen una cultura bastante característica y se distinguen claramente del resto de la población general.

Sin duda, constituye un error lamentable que la Ley de Consulta Previa, furtivamente quiera desconocer al criterio fundamental para determinar la existencia de un pueblo indígena cuando, olvida remarcar la importancia y rol dirimente del criterio subjetivo, limitándose sólo a decir que "el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria." Ahora bien, la conciencia de indígena también la puede albergar un individuo, recuérdese los pueblos indígenas en extinción, o aquellos indígenas que migran a las ciudades en busca de mayores oportunidades, o representación política de sus comunidades, casos en los cuales la condición de indígena también se respetaría. 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 la fallida reforma agraria del siglo pasado.

#### C.4. LAS ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA

El procedimiento de consulta previa tiene por objetivo hacer posible que los pueblos indígenas puedan ser consultados acerca de las actividades estatales o privadas que puedan afectarles, y tiene por vocación procurar llegar a un acuerdo y obtener el consentimiento de las poblaciones indígenas en el marco de un Estado Constitucional Plurinacional, Pluricultural y Pluriétnico. En ese sentido, el artículo 8° de la Ley de consulta previa identifica claramente siete (07) etapas que deberán desarrollarse en el tiempo máximo de ciento veinte (120) días, todas a cargo de la entidad proponente, y dejando al básicamente Viceministerio de Interculturalidad con una labor de acompañamiento, y sólo por excepción un rol dirimente.

El procedimiento administrativo pierde objetividad e independencia, al ser conducido por la propia entidad estatal interesada o proponente, quien realiza: **Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta (primera etapa)**, aquí Resultaría de suyo importante listar medidas que siempre deberán ser objeto de consulta previa, para crear mayor predictibilidad, y restringir la excesiva discrecionalidad, que pueden tener las entidades, allí estarán los casos de medidas que otorguen o restrinjan el ejercicio derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, la reubicación o traslado de poblaciones indígenas, planes o programas para poblaciones originarias, titulación de tierras en zonas habitadas por pueblos indígenas, medidas que afecten los recursos naturales utilizados por pueblos indígenas, medidas que afecten sus conocimientos colectivos, caminos ancestrales, o espacios místicos, entre otros. Sin embargo, este listado, debería ser numerus apertus, y podrían ingresar otros supuestos según la naturaleza de la medida y la cultura de los pueblos indígenas.

**También la entidad proponente tendrá la misión de la Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados (segunda etapa).** En realidad, lo primero que deberíamos hacer es identificar a todas las etnias, naciones y pueblos indígenas que habitan nuestro país, y no empezar a buscarlos para saber si les afecta una medida legislativa o administrativa. Sin embargo, el proceso se encuentra invertido, primero se planifica la medida, y luego se determina si habrán pueblos indígenas que podrían ser afectados, y de ser este el caso, se identifica los mismos para hacerles la consulta correspondiente, lo que debería implicar no solamente pedir opinión al Viceministerio de Interculturalidad, ante la captura del INDEPA, sino solicitar información a las organizaciones nacionales y regionales de los pueblos indígenas además de realizar visitas de campo a la zona, en el caso de concesiones.

**La tercera etapa que llevara adelante la entidad proponente es Publicidad de la medida legislativa o administrativa (tercera etapa).** Las medidas legislativas o administrativas, usualmente se encuentra programadas en los planes institucionales multianuales, el CEPLAN, y otros documentos de planificación específicos de cada entidad, y sólo por excepción son coyunturales, en razón a ello, cuanto menos su publicidad se debería dar con un año de anticipación en el caso de entidades del Poder Ejecutivo, Órganos Constitucionales Autónomos como Gobiernos Regionales y Municipalidades, y en el caso del Congreso al inicio de cada legislatura. Ciertamente, tendrían que haber modificaciones al Reglamento del Procedimiento Legislativo del Congreso, para que los proyectos de ley que involucren derechos de pueblos indígenas específicamente no sean archivados una vez acabada la legislatura, sino pueda mantener su vigencia, al menos dos legislaturas más. Consideramos que una publicidad de la medida legislativa o administrativa, prudente es mínimo de un año, y su aprobación implicaría un tiempo razonable adicional. Si aspiramos promover políticas estatales de largo plazo, y normas de largo aliento,

tenemos que darnos el tiempo de debatir y consensuar las mismas, especialmente ante la ausencia de un parlamento bicameral, y donde el pleno del Congreso, ha dado muestras de aprobar leyes sin el menor sustento técnico, y peor aún sin ningún amague siquiera de debate, sino recordemos las universidades creadas sin presupuesto, o los días en homenaje de platos típicos, y aún cuestiones absurdas que sean dado el lujo de crear, en vez de aprobar verdaderas normas que hagan más eficientes las funciones del Estado.

Lo propio debemos indicar de las entidades del Poder Ejecutivo, que deben planificar sus medidas administrativas y normativas, con debida anticipación, empezando con las concesiones, que deben tener coherencia con el ordenamiento territorial de la región afectada, y documentos de planificación de los diversos sectores involucrados en la actividad concesionaria de manera directa e indirecta para evitar superposiciones de actividades de económicas incompatibles, casos en los cuales una consulta previa sería imposible e incluso absurda, mientras los sectores no se pongan de acuerdo sobre la prioridad de la actividad concesionaria. Asimismo, los proyectos de dispositivos, deben ser acompañados de un proceso de difusión, que debe ir más allá, de la mera formalidad de pre publicar una norma con quince (15) días útiles de anticipación, antes de aprobar la norma. Es imperativo pueda efectuar el control ciudadano sobre la legalidad y constitucionalidad de las normas que se expiden por las diversas entidades estatales desde su elaboración, y ello se puede dar si se difunde y explica el proyecto de dispositivo, a fin de crear mayor seguridad jurídica, para la población general y especialmente para los pueblos indígenas. Enfatizamos, no basta difundir una norma con anticipación, se requiere explicarla a los sectores afectados, en este caso los pueblos indígenas, y permitir que estos puedan reflexionar sobre la misma, y puedan aportar en el proceso de elaboración del dispositivo.

Tengamos presente que no se puede aportar en lo que no se entiende ni comprende.

**La cuarta etapa a cargo de la entidad proponente es referida a la Información sobre la medida legislativa o administrativa.** La transparencia y acceso a la información pública, que tiene la calidad de todo lo referido a la medida legislativa o administrativa es fundamental, y esta información, tiene que ser idónea, suficiente, y completa para poder llegar a un acuerdo o consentimiento del pueblo indígena, y en última instancia para que puedan hacer reales aportes a las medidas objeto de consulta. En caso, que la información sea entregada de manera extemporánea o inoportuna, o esta sea entregada de manera parcial o insuficiente, ello invalidaría el proceso de consulta previa, trayendo su nulidad, al haberse inobservado uno de sus principios rectores de la consulta previa (la buena fe y oportunidad). Así, los estudios e informes técnicos y legales que obren en la base de datos de la entidad referidos a la medida objeto de consulta deben ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y la sociedad civil en general en formatos de bajo costo y fácil difusión.

Ciertamente, la gratuidad de este tipo de información pública para los representantes de pueblos indígenas debería ser un principio, pues resultaría absurdo que se le quieran cobrar tasas a poblaciones indígenas, ubicadas dentro de los grupos más vulnerables y en extrema pobreza. Me queda claro que sería incoherente que se les quiera cobrar por conocer como la entidad estatal puede afectar su vida en comunidad, además siendo una medida, de interés del Estado, y estando el mismo en obligación de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, debería asegurarse que los pueblos indígenas tenga no sólo fácil acceso a la información que les afecte, sino que el acceso a la misma sea gratuita, e incluso en su legua, trasladando el costo que ello implique, cuando fuera posible, a terceros (concesionarios) o detrayéndolo del tesoro público o los recursos de un fondo voluntario privado.

**La quinta etapa, es la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.** La conquista de derechos sociales, económicos y culturales ha sido una tarea siempre complicada, y difícil, pero también lo es, el ejercicio efectivo de los mismos, más allá de las formalidades, que siempre terminan disfrazando la realidad social, a la que no quieren encorsetar con estructuras rígidas, peor aún cuando derivan del monismo jurídico queriendo regular una pluralidad de culturas, ironías del mundo jurídico. Lo mismo ocurre con los derechos indígenas, y puntualmente, el derecho consulta que tiene su columna vertebral, en la garantía de una real y auténtica evaluación interna de las organizaciones de los pueblos indígenas sobre las medidas objeto de consulta. Y eso tengámoslo claro si bien se inicia, con la identificación y acreditación de los pueblos indígenas afectados, la difusión en un plazo razonable de la medida a consultar, y entregar la información idónea, completa y suficiente, de manera oportuna, y gratuitamente, también importa que los pueblos indígenas consultados tenga el espacio y plazos razonables atendiendo a su organización para poder evaluar la medida, pero además también el fortalecimiento de sus capacidades técnicas, y sus organizaciones sociales.

Asimismo, resulta imperativo, intensificar las capacidades técnicas de los pueblos indígenas dando mayores oportunidades de educación universitaria y creando un fideicomiso que permita a los pueblos indígenas poder contar de manera independiente con un equipo técnico que los apoye en el proceso de consulta previa para garantizar una verdadera y auténtica evaluación interna de la medida propuestas. También podría implementarse mecanismos similares a los abogados de oficio que funcionan en el ámbito penal, y permitir que el Estado cuando el pueblo indígena lo solicite le brinde técnicos especialistas en las medidas

propuestas y en pueblos indígenas que los apoyen en la evaluación de la medida propuesta. Ciertamente, lo ideal sería que las organizaciones indígenas cuenten con equipos técnicos conformados por indígenas, pero a la fecha, ello todavía está en proceso, y mientras ocurra, se debe apoyar a las poblaciones indígenas para que puedan realizar una verdadera evaluación de la medida objeto de consulta, y evitar así, que la consulta previa, se convierta en una mera formalidad que cumple, y que sea una parodia de las grandes desigualdades de información y de recursos logísticos entre los pueblos indígenas y la unidad ejecutora.

La sexta etapa es el Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios que implica un previo proceso de identificación de dichos actores sociales, de donde aparecen los siguientes: a) de parte de los pueblos indígenas, sus representantes regionales y nacionales; b) y por otra parte del Estado, encontramos: en primer lugar, al ente proponente, el Viceministerio de Interculturalidad, que usurpa las funciones del INDEPA. También se encuentran en este rubro, los representantes del OEFA cuando se trate de medidas vinculadas a posibles afectaciones al ambiente que requerirán fiscalización ambiental, y a la Defensoría del Pueblo.

El Proceso de Diálogo, implica tener a un actor neutral, que permita ser el facilitador del diálogo entre la entidad proponente, y los pueblos indígenas, en este caso, esa condición, debería recaer en el Viceministerio de Interculturalidad hasta que se restituya al INDEPA, como ente rector de los pueblos indígenas, que sería apoyado por la Defensoría del Pueblo. Entonces, el escenario sería el siguiente, la entidad proponente dialoga con los pueblos indígenas, mientras el Órgano Público Técnico Especializado, velará por que se cumplan los principios de la consulta previa, y facilitará el proceso de intercambio de ideas, en tanto, que la Defensoría será un observador, y eventualmente persuadirá a los actores sociales a mantener

el diálogo y llegar acuerdos, en la medida de lo posible, en el marco de la buena fe y la transparencia, servirá como garante de que el proceso de consulta previa es regular. Ello no impide que en calidad de observadores puedan estar representantes de entidades financieras interesadas como el BID o el BM, o representantes de organismos internacionales como la OIT, la OEA o la ONU, si es que ambas partes están de acuerdo, y acepta la invitación la entidad involucrada.

**La séptima, y última etapa, es la adopción de la Decisión de parte de la entidad proponente,** debiendo contar para ello, con las actas derivadas del citado procedimiento, las alegaciones que hayan hecho al respecto los representantes de los pueblos indígenas, la opinión técnica del Organismo Técnico Especializado en pueblos indígenas, y los informes de los observadores del proceso, tales como la Defensoría del Pueblo, y otras instituciones que hayan participado con dicha condición. En nuestro concepto, la opinión técnica del Viceministerio de Interculturalidad, debería ser previa y vinculante, y condición sine qua non, para adoptar una medida administrativa o legislativa que puede afectar a los pueblos indígenas, no se puede dejar a la discrecionalidad de la autoridad interesada en la norma tanto poder, porque puede generar arbitrariedad.

Nótese que la consulta previa, tiene genuinamente la vocación de llegar a un acuerdo, consentimiento o asentimiento de la población indígena, la visión obtusa de verla como un mero mecanismo formal previo a una medida estatal que afectará a una población indígena, y que no interesa finalmente, si se ponen de acuerdo o no, pues el Estado tiene la última palabra, debemos desterrarla, pues ello solo puede cosechar profundos resentimiento, indignación, y conflictos sociales. Sólo para entender imaginemos que te digan "que tocan tu puerta antes de ingresar a vuestra casa, pero que en última instancia, estés o no de acuerdo, podrán ingresar pateando tu puerta, intentando claro está, que no sea tan traumático y

violento dicho hecho contrario a tu voluntad, y te pedirán que no seas tan dramático si ello ocurre, pues es parte del Estado de Derecho." He ahí el problema de la Ley de consulta previa: la regulación de los casos que no se alcance un acuerdo o consentimiento, donde se dice que igual la entidad podrá ejecutar la medida adoptando "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." Adviértase que el derecho de consulta previa es un derecho procesal o instrumental, que está diseñado para cautelar otros derechos indígenas como el derecho de autodeterminación, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho a un ambiente sano y equilibrado, o el derecho a la salud, y por tanto, el Estado no podrá adoptar una decisión que implique afectación a derechos indígenas sustantivos, y en caso de hacerlo, podrá ser frenado mediante una acción de amparo en resguardo del derecho afectado.

El problema se complica más aún, si se advierte, que quien decide en última instancia, decide si se adopta la medida o no, es la entidad proponente de la medida, con lo cual aparecen los fantasmas del teorema juez y parte, que hacen presa de la desconfianza a quienes serán los directamente afectados por la medida, hecho que finalmente, acabará alimentando un conflicto social, o sea se repetirá el síndrome de la evaluación ambiental a cargo del sector, que ha tenido que ser resuelta proponiendo una autoridad ambiental neutral para hacerse cargo de la misma. Eventualmente, si el Viceministerio de Intercultural, se constituye en segunda instancia para revisar dicha decisión, el peso político del Ministerio proponente o el del propio Congreso o un Gobierno Regional, podría terminar venciendo cualquier resistencia de imparcialidad, y se podría convertir esta segunda instancia, en una comparsa (decisión conversada) en perjuicio de la población indígena afectada con la decisión final. Un Organismo Técnico Especializado, como lo fue INDEPA, pero con mayor participación en su Consejo Directivo de

poblaciones indígenas, e idealmente, presidida por un representante indígena, podría dar mayor independencia y neutralidad a esta entidad, y ser verdaderamente un ente que evite estos dilemas.

Sin embargo, volviendo al status quo actual, si la autoridad estatal, decide ejecutar la medida que afecta a determinados pueblos indígenas, estén o no ellos de acuerdo, en aras al "interés nacional", la primera pregunta que ellos, le podrían hacer es: "interés nacional o bienestar general de cuál de todas las naciones que alberga este país, y es que la condición Plurinacional y Pluriétnico de nuestra país, impide que una nación se imponga de manera arbitraria sobre otra, y nos obliga a que busquemos una toda solución consensuada. La libre autodeterminación de los pueblos indígenas, lo pone en pie de igualdad, frente a nuestra nación dominante, y hace que el derecho a veto que no pueden gozar ellos como nación minoritaria, tampoco pueda ser ejercida por nuestra nación dominante, pues vulneraría el derecho a la igualdad que se reconoce a estas naciones frente a la nuestra, haciendo únicamente viable una solución consensuada, y que pasa por el consentimiento de la población indígena, no solo para casos de reubicación forzosa, medidas que pongan en riesgo su vida, su salud, su subsistencia, ambiente o recursos naturales, sino en general para todos los casos en que se les afecte su cultura y vida.

Ciertamente, si la medida que piensa adoptar la autoridad estatal, afecta el derecho a la identidad étnica y cultural, vida, integridad, pleno desarrollo, entre otros, a los afectados nos les quedara a los pueblos indígenas, otro camino jurídico que acudir al poder judicial para que la medida estatal sea suspendida hasta que en dicha sede se determine sus impactos y pertinencia, y si están correctamente garantizados los derechos de los pueblos indígenas afectados. Normalmente, esta acción legal podría ser una acción de amparo para resguardar el derecho a la identidad étnica y cultural, y otros derechos constitucionales asociados, que podría ir acompañada de una medida cautelar, que tenga por objeto paralizar la

medida estatal hasta el término del proceso. Este proceso también se podría dar si es que habiendo dado su consentimiento el pueblo indígena, la ejecución de la medida estatal afecta sus derechos constitucionales, pues como sabemos una cuestión es aceptar un proyecto en papel, y otra viéndola ejecutarse, como dice el adagio popular, "una cosa es con cajón y otra con guitarra". También cabría plantear una acción popular, acción de cumplimiento o acción de inconstitucionalidad cuando la medida no fue consultada según el rango de la medida administrativa y la autoridad que la emitió.

**C.4.1. IDENTIFICACION DE MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE**

(Molleda, 2012)<sup>50</sup> Señala que el artículo 9º de la Ley de Consulta Previa, establece que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas." La norma tiene por objeto crear responsabilidad funcional de las entidades estatales involucradas en el proceso de consulta previa, sin embargo, pudo ser mejor diseñada, si se establecía de manera clara quien es la entidad estatal encargada de determinar si la medida afectara a los pueblos indígenas, lo natural, sería que esta sea una labor propia del órgano técnico especializado (INDEPA) o si se quiere seguir el juego de la ley, el Viceministerio de Interculturalidad, a quien la entidad estatal proponente de la medida debe solicitar opinión técnica, cuando existan razonables indicios de un impacto a pueblos indígenas con la misma.

---

<sup>50</sup> Molleda, J. C. (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indígenas en el Perú Compendio de Legislación y Jurisprudencia. Lima: Perú.

Acierta, la Ley de Consulta Previa, cuando señala que 'las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.'

- Efectivamente, es legítimo que los pueblos indígenas puedan solicitar la consulta previa a la autoridad proponente, cuando una medida, que los afecta, se está realizando sin llevar adelante previamente el mencionado mecanismo - derecho fundamental. Ciertamente, si la entidad estatal ejecutoria considera procedente la solicitud, no habrá problema, sin embargo cuando ello no sea así, la Ley señala que el recurso impugnatorio será resuelto por el Organismo Público Técnico Especializado o sea el Viceministerio de Interculturalidad.

**C.4.2. IDENTIFICACION DE LOS PUEBLOS O COMUNIDADES A SER CONSULTADOS POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE.**

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>51</sup> menciona que el artículo 10° de la Ley de Consulta Previa, establece que "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." 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

---

<sup>51</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

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.

Sin duda, una memoria descriptiva de la medida propuesta y un buen catastro de los territorios indígenas ayudará a determinar los pueblos indígenas afectados por la medida propuesta, lo que implica contar con infraestructura adecuada, y emprender un proceso de titulación de propiedad comunal, que implique tanto el reconocimiento de propiedad y posesión, bajo la concepción acogida por el Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nuestro propio Tribunal Constitucional.

Recordemos que ha sido un acierto del TC, reconocer la Propiedad comunal de los pueblos indígenas cuando señala "que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, "[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos".<sup>264</sup> En ese sentido, el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución, cuyo artículo 88 precisa que el Estado garantiza "el

derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa". De similar forma, el artículo 89 de la misma Ley Fundamental establece que las Comunidades Campesinas y las Nativas [...] son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras [...]. La propiedad de sus tierras es imprescriptible".

El TC, de esta manera, reconoce la propiedad comunal de los territorios de los pueblos indígenas, no solamente desde una óptica de propiedad privada en el sentido más clásico civilista, sino en la propiedad desde una óptica de comunidad, y que incluye, no sólo los territorios titulados formalmente, sino aquellos espacios no titulados, como los bosques, las cochas, lagos o extensiones no reclamadas en propiedad, donde se ejercen derechos ancestrales de posesión y uso, tanto de manera exclusiva como compartida por varios pueblos indígenas como tradicionalmente ocurre en la sierra en agricultura, o pastoreo, o en la selva con territorios dedicados a recolección, caza o pesca. Lucidamente, el TC, aquí siguiendo tácitamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que: "La propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de "propiedad" sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión."

**La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado** que "hay situaciones en las que los pueblos indígenas no se encuentran ocupando o usando sus tierras tradicionales por razones de fuerza mayor, ya sea por la reubicación forzosa de dichos pueblos -incluyendo el traslado por razones de salud o crisis humanitarias o de alimentación-, o por situaciones, generalmente vinculadas a conflictos armados internos, que han obligado a los pueblos indígenas a abandonar sus tierras debido al temor fundamentado a ser víctimas de la violencia. En el caso de la Comunidad Moivvana vs. Surinam, la Corte afirmó que los miembros de la comunidad podían ser considerados 'los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tienen el derecho al uso y al goce de las mismas [a pesar] de que este derecho les haya sido negado hasta hoy como consecuencia de [la masacre] de 1986 y la conducta posterior del Estado respecto de la investigación de estos hechos". En un caso posterior, el de Sawhoyamaya, la Corte reafirmó su jurisprudencia anterior, precisando que el título de propiedad comunal indígena debe hacerse "posible", en el sentido de que no se considerará extinguido cuando la comunidad no haya podido ocupar o usar sus tierras tradicionales "porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real".

**(Henry Carhuatocto, 2013:246)**<sup>52</sup> Menciona que ya en los casos del Pueblo de Awas Tingni Vs. Paraguay, y el Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana, había establecido la relación espiritual y existencial que existe entre un pueblo indígena y su territorio, nosotros queremos recordar que ello, era un asunto aceptado de larga data, como lo muestra a principios del siglo XX, Mariategui cuando señala que "la tierra ha sido siempre toda la alegría del indio. El indio ha desposado la tierra. Siente que "la vida viene de la tierra" y vuelve a la tierra. Por ende, el indio puede ser indiferente a todo, menos a la posesión de la tierra que sus manos y su

---

<sup>52</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

aliento labran y fecundan religiosamente," así el amauta nos enseña, casi poéticamente, la trascendencia social, económica, religiosa y cultural de la tierra para un pueblo indígena, cuya existencia misma depende de la misma. Pensemos sino en los Apus, representados en montañas, uno último muy famoso, ubicado en el Cerro la Capilla en la Región de Puno, dio lugar a una convulsión social, a fines de junio del 2011, y desencadenó la expedición de una serie de decretos supremos del Ministerio de Energía y Minas, que suspendían por tres años las solicitudes de peticiones de concesiones mineras, y adecuaban a las concesiones existentes al derecho a la consulta previa, por citar, solo un ejemplo de lo relevante que es el territorio para un pueblo indígena en el Altiplano.

**(Fundamento 19 de la STC N° 00024-2009-PI)** El TC, es consciente de ello, y por eso manifiesta que "el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios<sup>53</sup>. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos." Ciertamente, a nivel regional, llegamos muy tarde, tanto Ecuador, Colombia como Bolivia, habían reconocido esta relación espiritual de los pueblos indígenas con su territorio, y sus avances alcanzan desde las modificaciones constitucionales para el reconocimiento de derechos indígenas (Ecuador y

---

<sup>53</sup> Fundamento 19 de la STC N° 00024-2009-PI.

Bolivia), la creación de una autoridad indígena fuerte (Colombia), hasta la creación de un Tribunal Constitucional Intercultural (Bolivia), claro nada de eso, ha garantizado aún el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas, pero se está camino a ello, y eso es lo importante, si se mira al futuro.

**(Henry Carhuatocto, 2013)**<sup>54</sup> menciona que Es importante la llamada de atención que hace el TC, sobre nuestro régimen de derechos reales, bastante decimonónico, y desfasado de los procesos socio histórico de un país multinacional como el nuestro, así es como: "Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 146, párr. 128]." Todo ello permite afirmar, que la propiedad comunal comprende dos derechos: a) el reconocimiento del derecho de propiedad en sentido clásico, sobre tierras donde se reclame dicho derecho, y b) el derecho de posesión sobre territorios, donde por usos ancestrales corresponda ese derecho, que no necesariamente será exclusivo, sino podría ser compartido, entre pueblos indígenas, así como población local, conforme a los usos y costumbres que han venido imperando ancestralmente, y que comprende cochas, ríos, lagos, y bosques. Ello implicará, una modificación en el diseño de nuestros registros públicos de propiedad, que deberá crear un registro especial para los derechos ancestrales de las poblaciones indígenas, a fin de hacerlos oponibles a terceros, y evitar futuras controversias al respecto.

---

<sup>54</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indígenas en el Perú. Lima, Perú.

**C.4.3. PUBLICIDAD DE LA MEDIDA A CONSULTAR POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE.**

(Henry Carhuatocto, 2013)<sup>55</sup> señala que el artículo 11° de la Ley de Consulta Previa, establece que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan." Los pueblos indígenas tienen organizaciones muy características y distintivas, por lo que los métodos y procedimientos que se utilicen deben respetar su organización social, económica y cultural, y los plazos para ser razonables deberán atender los tiempos que toman las organizaciones indígenas para adoptar decisiones importantes, mediante sus órganos deliberativos, y tener en cuenta, la abrupta geografía en que habitan nuestros pueblos indígenas.

**C.4.4. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD PROPONENTE DE BRINDAR DE MANERA GRATUITA INFORMACION SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA.**

Acertadamente, el artículo 12° de la Ley de Consulta Previa, establece que "corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa." En ese sentido, al existir la obligación de la entidades estatales de entregar información a los pueblos indígenas de la medida propuesta, con la anticipación correspondiente, esta debería ser entregada de manera completa y suficiente, y de manera gratuita, no pudiendo cobrarse ninguna

---

<sup>55</sup> Carhuatocto Sandoval, H. (2012). Los Conflictos Sociales Indiginas en el Peru. Lima, Peru.

tasa, pues la obligación de informar es de las entidades, y en cumplimiento de ello deben presupuestar los recursos del caso para que se efectivice la obligación de informar a los pueblos indígenas afectados. Nótese, que no se indica poner a disposición, sino brindar, esto es entregar, y no dice bajo costo del interesado, por lo que se presume que el costo es asumido por la entidad estatal interesada o promotora de la medida.

La gratuidad de la información sobre la medida, además de promover su fácil acceso, garantizara que los pueblos indígenas puedan conocer de manera auténtica y real los motivos de la medida, sus implicancias, impactos así como consecuencias de la misma, sin embargo, este proceso debe ir acompañado de un proceso de difusión y sustentación, en el que se aproveche la ocasión para entregar en físico la información. Estos talleres informativos, no tendrán otro objetivo que difundir la información tanto en su versión escrita como oral a través de grabaciones y exposiciones. Una visión formalista, restringida, y limitada, podría llevar al absurdo de que la autoridades proponentes ponga a disposición la información sobre la medida pero en sus oficinas sin acercarla a los pueblos indígenas, ni explicarla, y peor aún, intentando cobrar una tasa por tener copia de la misma, lo que desnaturalizaría la intención de la Ley de Consulta Previa, al inobservarse los principios de buena fe y de información.

**C.4.5. LA EVALUACION INTERNA EN LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES DE LAS COMUNIDADES SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA QUE LES AFECTEN DIRECTAMENTE.**

(Molleda, 2012)<sup>56</sup> Comenta que el artículo 13° de la Ley de Consulta Previa, establece que 'las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o

---

<sup>56</sup> Molleda, J. C. (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indiginas en el Peru Compendio de Legislacion y Jurisprudencia. Lima: Peru.

administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos." El plazo razonable podría estar compuesto por un plazo mínimo estándar, que debe ser flexible y adecuarse, con los usos y costumbres del pueblo indígena, permitiendo su ampliación en consideración de los tiempos de deliberación de sus órganos de gobierno interno, y las distancias que separan a las poblaciones indígenas involucradas en la consulta. Hemos sostenido ya que un plazo razonable para el análisis de una medida administrativa o legislativa nos parece un año, tiempo que podría bastar, para que reflexione un pueblo indígena y además encuentre un equipo técnico que lo apoye, así como para que la propia entidad pueda explicar con calma y sin apuro los impactos de la medida en la vida de los pueblos indígenas afectados.

**C.4.6. EL DIALOGO INTERCULTURAL ENTRE REPRESENTANTES DEL ESTADO Y REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES.**

(Molleda, 2012)<sup>57</sup> señala que el artículo 14° de la Ley de Consulta Previa, señala que "el diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo." En ese sentido, el diálogo entre los pueblos indígenas y las entidades estatales involucradas, tendrá por objeto en primera instancia conocer y debatir los fundamentos de la medida legislativa o administrativa,

---

<sup>57</sup> Molleda, J. C. (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indiginas en el Peru Compendio de Legislacion y Jurisprudencia. Lima: Peru.

y sus impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en ese contexto, se debe recoger las observaciones, sugerencias, críticas, y recomendaciones que efectúen los pueblos indígenas y también los observadores, y las mismas deberán quedar consignadas en el acta correspondiente. Aunque la norma, debió fijar que como segundo objetivo, es la posibilidad de llegar a un acuerdo o consentimiento con el pueblo indígena, no es un diálogo estéril y cerrado con posiciones irreductibles sino apuntando al consenso, y asentimiento.

**C.4.7. LA DECISIÓN FINAL DE LA ENTIDAD PROPONENTE Y EL RESPETO A LOS DERECHOS INDIGINAS.**

(**Molleda, 2012**) Menciona que el artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, establece que "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.<sup>1</sup> En ese sentido, toda medida legislativa o administrativa que afecte potencialmente pueblos indígenas, positiva o negativamente, deberá estar sustentado con un informe técnico legal, que recoja las observaciones y aportes efectuados por los pueblos indígenas, como sean levantado las mismas, los impactos positivos y negativos de la medida, los mecanismos previstos para mitigar los impactos negativos, recoger la opinión técnica vinculante del Viceministerio de Interculturalidad, y la opinión no vinculante de otros entidades del Estado como la Defensoría del Pueblo, OEFA, entre otros. Asimismo, el Informe deberá estar suscrito en forma conjunta por un

antropólogo y un abogado, y hecho suyo por las diversas instancias de la entidad involucradas en la aprobación de la medida propuesta.

**(Molleda, 2012)**<sup>58</sup> El artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, establece además que "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." Ciertamente, el acuerdo es vinculante y obligatorio, pero debió dársele mérito ejecutivo, para que al igual que un título valor, sean visto directamente en un proceso único de ejecución, en lo referente a las obligaciones que sean ciertas, expresas y exigibles. Lamentablemente, sin ese mérito ejecutivo, los acuerdos irán a un proceso contencioso administrativo, en el que se puede discutir, la validez del propio documento, a diferencia de un proceso de ejecución, donde sólo se discute, si se cumplió o no, con la obligación asumida en el acuerdo.

La solución que podría caber para darle mérito ejecutivo al acuerdo y poder ingresar a un proceso único de ejecución, vía un título ejecutivo, sería que el acuerdo fije como una de sus cláusulas que el mismo este contenido en un acta de conciliación, o en testimonio de escritura pública, previstos en los numerales 3° y 10° del artículo 688° del Código Procesal Civil, lo que implicará eventualmente coordinar con un conciliador o un notario según sea el caso para que se brinden las facilidades del caso. Además, nada impide que una de las obligaciones del acuerdo sea que en donde no se

---

<sup>58</sup> **Molleda, J. C.** (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indígenas en el Perú Compendio de Legislación y Jurisprudencia. Lima: Peru.

pongan de acuerdo las entidades del Estado, y los pueblos indígenas, se resuelva en un arbitraje intercultural, para lo que deberían estar de acuerdo ambas partes, si se da ese supuesto, el laudo arbitral firme, también sería un título ejecutivo de conformidad con el numeral 2º del artículo 688º del citado Código. La otra opción, es que se dé mérito ejecutivo al acuerdo derivado de la Consulta Previa, y esa es la apuesta que hacemos nosotros, y que cabría perfectamente en el numeral 11 del artículo 688º del mencionado Código.

**C.5. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA PREVIA.**

(Molleda, 2012)<sup>59</sup> Señala que el artículo 17º de la Ley de Consulta Previa, señala que las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa. 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.

---

<sup>59</sup> Molleda, J. C. (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indígenas en el Peru Compendio de Legislacion y Jurisprudencia. Lima: Peru.

**C.6. DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACION COMPARADA**

(Claudia Vela, 2011)<sup>60</sup> señala que el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas, tal como fue concebido por las normas internacionales, especialmente por el convenio 169 de la OIT; surge como un mecanismo de participación que posibilita a estas comunidades hacer efectivos derechos ya reconocidos como el de disfrutar de su propio territorio, sin embargo, no basta con que los países involucrados ratifiquen el mencionado convenio y otras normas internacionales, es necesario e indispensable, adicionalmente que al interior de su derecho nacional se regulen e implementen procedimientos idóneos que hagan reales las prerrogativas consagradas a manera de principios en el derecho internacional.

Como se explicó en el capítulo anterior, son varias las fuentes del derecho internacional que contienen la obligación de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas antes de llevar a cabo actividades o medidas que puedan afectar su territorio. Dichas fuentes internacionales hacen parte no sólo del ordenamiento jurídico colombiano, sino también de los demás países que han ratificado el convenio 169 OIT.

Por lo anterior, uno de los objetivos de la presente investigación es el estudio del tema de la consulta previa en tres países suramericanos, ello con el fin de contrastar el contexto y la situación que enfrenta la población indígena en los diferentes ordenamientos jurídicos, y evidenciar los lineamientos que se han adoptado por los diferentes gobiernos de turno para implementar el derecho de consulta previa como mecanismo de participación. El análisis del contexto constitucional, el desarrollo legislativo

---

<sup>60</sup> Vela Perdomo, C. (2011). La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indiginas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia

y los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la consulta previa en Bolivia, Ecuador y Perú permite también contrastar el tratamiento que reciben los pueblos indígenas en nuestro país en relación con las otras regulaciones.

Esta indagación, propia del estudio del derecho comparado, permitirá observar, no sólo el papel del Gobierno en materia de la regulación de la consulta previa, sino además, la incidencia de los respetivos Tribunales Constitucionales de cada país, y el derecho judicial que se ha generado en ellos. Es decir, más allá del propio texto constitucional, y de las normas legales, se pretende evaluar someramente la eficacia del instrumento internacional objeto de estudio en el presente trabajo.

Así, la comparación entre los contextos jurídicos de los países seleccionados, llevará a comprender la situación de los pueblos indígenas, y la explicación de sus constantes luchas reivindicatorias y reclamaciones, incluso, ante los organismos del orden internacional.

A continuación se encontrarán varios y diferentes escenarios, en los que se ha regulado o consagrado, correcta o incorrectamente, el tema de la consulta previa, en cada uno de ellos se procurará contrastar la regulación interna con las exigencias internacionales. El

común denominador entre estos países es quizás que en ninguno de ellos se reflejan con suficiencia los intereses del Convenio 169 OIT, sin embargo, cada uno puede presentar fortalezas que en conjunto permitan abordar el tema de la consulta previa en su integridad y con el alcance que merece, lo cual puede servir de punto de partida para Gobiernos abiertos a la reforma y en los que sean bienvenidos los propósitos garantistas para los pueblos indígenas.

### C.6.1. LA CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA

(Claudia Vela, 2011)<sup>61</sup> menciona que entre los países que ratificaron el convenio 169 de la OIT se encuentra Bolivia, el cual, sin lugar a dudas, cuenta con una representativa población indígena que llega a constituir casi la mayoría de la población, la misma que en diferentes oportunidades ha unido sus esfuerzos para llevar a cabo movimientos de resistencia y protesta, y para organizarse étnicamente alrededor de su conciencia política, logrando con ello la abolición de algunas instituciones evidentemente injustas como la del pongueaje y otros servicios personales. De esta manera, la población indígena de Bolivia alcanzó mayor representatividad en algunos partidos políticos, y en general, en los organismos de representación democrática, logrando con ello en el último tiempo, la reivindicación de algunos de sus derechos, y en especial, los relacionados con sus tierras.

Tras un arduo proceso político de reforma, el pueblo Boliviano, a través de la Asamblea Constituyente, profirió la Nueva Constitución Política del Estado, la cual fue aprobada en referendo popular, y entro a regir el día 07 de febrero de 2009, esto es, cuando fue promulgada por el Presidente Evo Morales.

### C.6.2. LA CONSULTA PREVIA EN ECUADOR

(Claudia Vela, 2011)<sup>62</sup> señala que en la historia de la República del Ecuador, los pueblos indígenas juegan un papel muy representativo. Así,

---

<sup>61</sup> Vela Perdomo, C. (2011). La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indiginas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia

<sup>62</sup> Vela Perdomo, C. (2011). La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indiginas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia

desde la época precolombina, pasando por la época hispánica, la emancipación, la formación de la república y hasta la actualidad, se registra, desde diferentes perspectivas, la participación de los mismos. Es así como en la etapa de su historia en que hicieron presencia los españoles, se puede observar que estos pueblos fueron objeto de múltiples violaciones, y víctimas de abusos, explotaciones y saqueos violentos, al igual que los pueblos indígenas de otros países latinoamericanos. Esta es la razón por la que surgen alrededor del año 1809, los primeros movimientos de rebelión de estas comunidades, los cuales finalizaron con el encarcelamiento de algunos de sus líderes por parte de los españoles, diezmando con ello su capacidad revolucionaria y transformadora. De ahí en adelante, las luchas reivindicatorias han permanecido latentes, siempre en busca del respeto por sus derechos y por sus condiciones naturales.

De esta manera, en la actualidad, al igual que otros de los países que se han mencionado a lo largo de este trabajo, Ecuador ratificó el convenio 169 de la OIT, lo cual tuvo lugar en el año de 1998, el mismo en que se adoptó una nueva Constitución Política, y con ello, el Estado Ecuatoriano aceptó la obligación que se impone a los Gobiernos de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas en relación con la explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, y con las decisiones legislativas y administrativas a adoptar, para proteger no solo su derecho a la autodeterminación y al autogobierno, sino también al territorio que ocupan. La ratificación de dicho convenio en este país, representa, por supuesto, una gran importancia, pues se constituye en un instrumento internacional vinculante para el Gobierno que le exige la adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento.

Asimismo en la Constitución de 1998 consagraba en el numeral 5° del artículo 84° que estos pueblos tienen el derecho colectivo a "ser consultados sobre planes y programas de prospección y exploración de

recursos no renovables que se hallan en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente”

### C.6.3. LA CONSULTA PREVIA EN MEXICO

En México, país multicultural, el derecho de consulta previa se traduce en una obligación estatal a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Algunas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han integrado este derecho en su ordenamiento jurídico, pero varios otros aún no lo han hecho. Sin embargo, desde 2002 se han llevado a cabo intentos por desarrollar en la normativa nacional el ejercicio del derecho

Así por ejemplo, la Ley de la de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas plantea poder:

**(Moreno, 2010: 27)**<sup>63</sup> Señala que diseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión un sistema de consulta y participación indígena, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo.

Aún está en debate en el seno del Congreso de la Unión, el proyecto de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas, cuyo contenido se discutió en la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso, llegando a algunos acuerdos puntuales:

- a) Considerar el alcance de la ley de carácter general y obligatorio para todos los Estados y municipios de la Federación.

---

<sup>63</sup> **Moreno, Carlos 2010** La integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas en México, Revista de la fundación para el debido Proceso Legal.

- b) Los actores de la consulta serán los pueblos y comunidades a través de sus autoridades representativas, y la definición de quienes serán los sujetos consultados será establecida por las propias comunidades.
- c) Los temas a ser consultados aún no están consensuados, salvo la referencia de la necesidad de excepciones como los temas relacionados a la seguridad nacional.
- d) El órgano técnico que llevará a cabo el proceso de consulta será la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

(Moreno, 2010: 29)<sup>64</sup> señala que la definición del carácter de vinculante de los resultados aún está en discusión, pero se establece que el proceso marca el inicio de un proceso de diálogo y de concertación y no implica culminación de un ejercicio en donde necesariamente se toman decisiones.

(Patricia Carrión, 2012 )<sup>65</sup> señala que en suma, el reconocimiento del derecho en el marco normativo nacional de México no se ha concretado, pese a ser una demanda constante de pueblos, comunidades y organizaciones sociales que buscan el efectivo goce y ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada en los términos que pautan los instrumentos internacionales.

(Patricia Carrión, 2012)<sup>66</sup> menciona que a nivel general, se observa en los tres países un interés estatal en poner sobre la mesa de discusión el contenido y alcance del derecho de consulta previa, libre e informada y reproducirlo en la normativa nacional. Sin embargo, existen dificultades que limitan este reconocimiento, pero también existen propuestas interesantes que debemos analizar a la luz de las realidades locales y el contexto

---

<sup>64</sup> **Molleda, J. C.** (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indígenas en el Peru Conpendio de Legislacion y Jurisprudencia. Lima: Peru.  
<sup>65</sup> **Carrion, P.** (2012). Consulta Previa, Legislacion y Aplicacion (Carla Bonilla ed.). Quito, Ecuador.  
<sup>66</sup> **Carrion, P.** (2012). Consulta Previa, Legislacion y Aplicacion (Carla Bonilla ed.). Quito, Ecuador

31

situacional de cada uno de los países, para que puedan servir como experiencias en la elaboración de la ley que regule este derecho en el Ecuador.

### **2.3. HIPOTESIS**

#### **HIPOTESIS GENERAL**

La aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la comunidad campesina de Palca es deficiente

#### **HIPOTESIS ESPECÍFICO**

- En la Comunidad Campesina de Palca es evidente el poco reconocimiento del derecho de consulta previa, es más, desconocen de los instrumentos internacionales.
- En la Comunidad Campesina de Palca, no ha habido, ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa.
- No se aplicó ningún principio rector del derecho a la consulta previa.

### **2.4. VARIABLE DE ESTUDIO**

#### **UNIVARIABLE**

El derecho a la consulta previa.

### **2.5. OPERACIONALIZACION DE VARIABLE.**

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ITEMS	
CONSULTA PREVIA	Conocimiento de las normas de consulta previa.	Oportunidad	Previa a la concesión minera.	¿Conoce usted en que consiste la consulta previa?	
				¿Intervino usted en el proceso en el proceso de consulta previa en la comunidad campesina de Palca?	
				¿Usted sabía que el derecho a la consulta previa es de obligatorio cumplimiento para el Estado?	
	Información oportuna	El estado brinda información desde el inicio del proceso de consulta.	¿Usted como comunero ha sido informado antes de la concesión o autorización del estado?		
			Buena Fe	Analizan y valoran la posesión de las comunidades, en un clima de confianza, y respeto mutuo.	¿Evaluaron los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio?
				Flexibilidad	Tomar en cuenta las circunstancias y características especiales de los o comunidades.
	Nivel cultural de la población	Plazo Razonable	Conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas a la comunidad.		Hubo dialogo entre la comunidad y los representantes del estado con respecto a la concesión minera?
		Ausencia de Coacción o condicionamiento	Debe ser realizada de manera libre.	¿Hubo consentimiento de parte de los comuneros frente a las propuestas del estado?	
				¿Usted ha sufrido coerción intimidación o manipulación de parte del estado?	
		Interculturalidad	Reconoce, respetando a las diferentes culturas.	¿En la concesión que otorgo el estado en su comunidad se respetó las formas de convivencia al momento de realizar la consulta previa?	

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO**

La presente investigación se desarrolló en la Comunidad Campesina de Palca-Huancavelica - Perú, teniendo como población a las comuneras y comuneros que son 300 personas.

#### **3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El tipo de Investigación utilizada es la INVESTIGACIÓN BÁSICA O PURA porque se trata del estudio de interpretación de las características más significativas de Las Causas y razones por las cuales la consulta previa como norma internacional reconocida por la Constitución Política de nuestro país es tratado de manera pormenorizado o minimizado, peor aún, cuando se trata de aplicar en la comunidad Campesina de Palca.

### 3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El Nivel de Investigación está orientado a medir el nivel descriptivo que a su vez permite diseñar la muestra representativa.

(Hernandez Sampiere, 2003)<sup>67</sup>, precisa que: "es aquella que busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice".

(Gomero camones, 1997)<sup>68</sup>, dice que: "consiste en medir o evaluar diversos aspectos o dimensiones o componentes del fenómeno a investigar".

La investigación descriptiva, mide de manera independiente, los conceptos o variables. Se centra en medir con la mayor precisión posible. Identificando a quien o a quienes tiene(n) tienen que incluirse en la medición. En este nivel las predicciones son rudimentarias, se deben determinar y definir previamente las variables, plantear hipótesis si las hubiera y diseñar la muestra representativa.

### 3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método de Investigación empleado en mi trabajo para sistematizar el conocimiento es el método inductivo porque me permite sistematizar los conceptos específicos a un conocimiento general, asimismo se ha utilizado el método deductivo la cual me permitió deducir conocimientos generales.

### 3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACION

Se refiere al plan o estrategia concebida para responder a las preguntas de investigación.

En el presente trabajo de investigación se aplica:

---

<sup>67</sup> Hernandez Sampiere, R. (2003). Metodología de la Investigación (Delegación Iztapalapa ed.). Iztapalapa, Mexico: Mc Graw Hill.

<sup>68</sup> Gomero camones, G. (1997). Proceso de la Investigación Científica. Lima, Peru: Fakir Editores.

- Diseño Básico: Diseño específico.

Esquema del diseño específico:



M = Muestra, Comunidad Campesina de Palca

O = Observación del cumplimiento del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.

### 3.6. POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO

#### A) POBLACION

El distrito de Palca es uno de los 19 distritos que conforman la Provincia de Huancavelica, ubicada en el Departamento de Huancavelica, perteneciente a la Región Huancavelica. Limita al norte con los distritos de Huando y Acobambilla; al oeste con el Distrito de Huando; al sur los distritos de Ascensión y Huancavelica; y, al este con el Distrito de Acoria.

El distrito de Palca está ubicado al norte de la Capital provincial, tiene una extensión territorial de 82,08 km<sup>2</sup>, integran 13 anexos. Longitud oeste: 74° 58' 45 Latitud sur: 12° 39' 15

La Población de estudio estuvo conformada por los comuneros y comuneras de la Comunidad Campesina de Palca.

#### B) MUESTRA

En la presente se utilizó como muestra el 10% del total de la población que corresponde a 30 comuneros de la Comunidad Campesina de Palca.

#### C) MUESTREO

El tipo de muestreo empleado fue no probabilístico.

### 3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### A. TECNICAS DE RECOLECCION

### **TECNICA BIBLIOGRAFICO**

Revisión de información de libros, revistas especializadas y tesis relacionadas al tema.

## **B. INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE INFORMACION**

### **➤ LA ENCUESTA**

Se utilizó la encuesta, que esta pragmado en la operación de variables.

Para la obtención de datos se acudió a varias personalidades cuyas opiniones personales son interesantes.

## **3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

El procedimiento de recolección de datos se ejecutó mediante la ayuda de todos los instrumentos de recolección mencionados, como las encuestas, las fichas, guías de observación, guía de análisis, guía de observación, etc.

- Preparación de encuestas los comuneros y comuneras de la Comunidad Campesina de Palca.
- Delimitar las instrucciones para la finalidad de cada instrumento.
- Aplicación de los instrumentos de recolección de datos.

## **3.9. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

Las respuestas obtenidas de las encuestas, se sometió a prueba y análisis, empleado la estadística Explicativa como son las tablas de distribución de frecuencia y diagramas de barra, para saber los resultados de trabajo de investigación.

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS**

#### **4.1. PRESENTACION DE RESULTADOS:**

A continuación se presentan los resultados de la investigación en base a la información recogida mediante las técnicas e instrumentos de estudio en datos cualitativos de análisis descriptivo, las que se objetivaban mediante cuadros estadísticos y gráficos de acuerdo a la Hipótesis y su relación con cada una de las manifestaciones de la variable de estudio.

Se presentan los resultados obtenidos de acuerdo al orden de los objetivos planteados y para la consecución de éstos; se han analizado los datos recogidos a partir del instrumento de recolección de información que en este caso es la encuesta dirigido a 30 pobladores de la comunidad campesina de Palca.

Estos resultados obtenidos son presentados en tablas y gráficos, a través de los cuales salieron a conocer las categorías de respuestas más representativas de la investigación, a partir de los cuáles fue posible realizar las conclusiones de este estudio, finalmente, destacar que los resultados del instrumento aplicado, se analizaron en el software estadístico SPSS el que facilitó el análisis de los datos, ya que, permitió realizar con precisión análisis estadísticos confiables y presentables en corto tiempo.

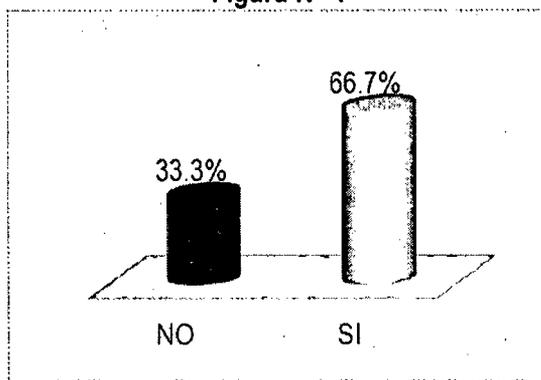
**A. ANALISIS DESCRIPTIVO**

**Tabla N° 1**

		f	%
¿Conoce usted en que consiste la consulta previa?	NO	10	33,3%
	SI	20	66,7%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 1**



De la tabla 1 y figura 1, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 66,7% (20) tienen conocimiento de lo que es la consulta previa, mientras el 33,3% (10) no saben lo que es la consulta previa.

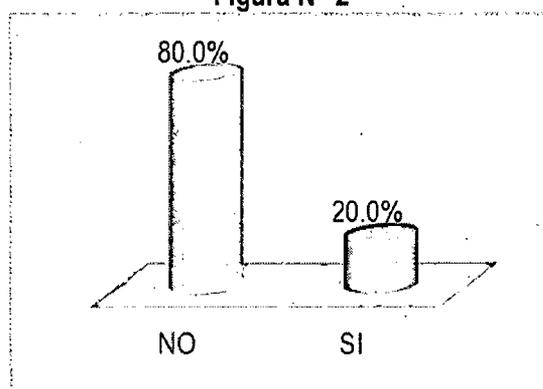
**Tabla N° 2**

	f	%
--	---	---

¿Intervino usted en el proceso de consulta previa en la comunidad campesina de Palca?	NO	24	80,0%
	SI	6	20,0%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 2**



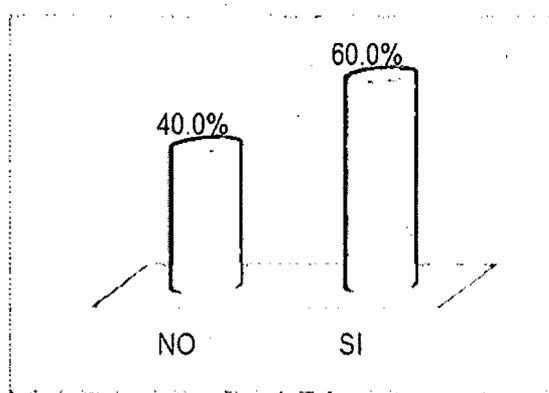
De la tabla 2 y figura 2, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 80% (24) no intervinieron en el proceso de consulta previa de su comunidad, mientras el 20% (6) si participaron en el proceso de consulta previa de su comunidad.

**Tabla N° 3**

		f	%
¿Usted sabía que el derecho a la consulta previa es de obligatorio cumplimiento para el Estado?	NO	12	40,0%
	SI	18	60,0%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 3**



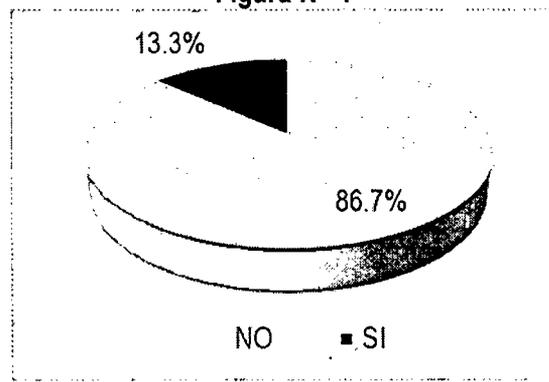
De la tabla 3 y figura 3, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 40% (12) no sabía que el derecho a la consulta previa es de obligatorio cumplimiento para el Estado, mientras el 60% (18) saben que el derecho a la consulta previa es de obligatorio cumplimiento para el Estado.

**Tabla N° 4**

		f	%
¿Usted como comunero ha sido informado antes de la concesión o autorización del estado?	NO	26	86,7%
	SI	4	13,3%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 4**



De la tabla 4 y figura 4, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 86,7% (26) manifiestan no haber sido informado

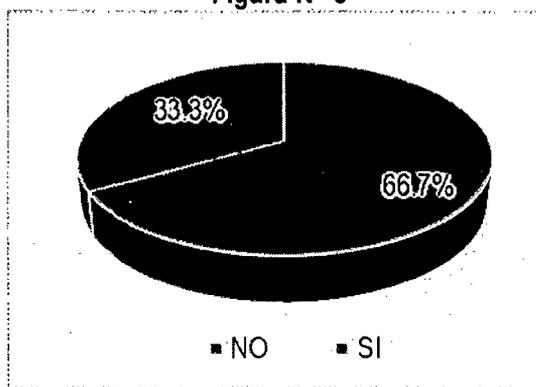
antes de la concesión o autorización del estado, mientras el 13,3% (4) si fueron informados antes de la concesión o autorización del estado.

**Tabla N° 5**

		f	%
¿Evaluaron los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio?	NO	20	66,7%
	SI	10	33,3%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 5**



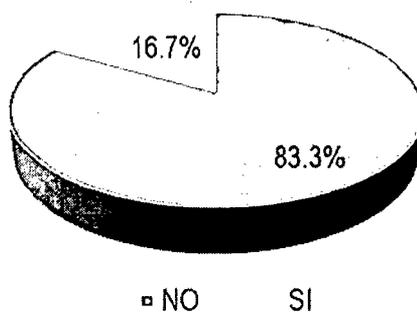
De la tabla 5 y figura 5, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 66,7% (20) manifiestan no haber evaluado los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio, mientras el 33,3% (10) si evaluaron los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio.

**Tabla N° 6**

		f	%
¿Al momento de realizar la consulta previa en su comunidad se respetaron la identidad cultural, social y económica de su comunidad?	NO	25	83,3%
	SI	5	16,7%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

Figura N° 6



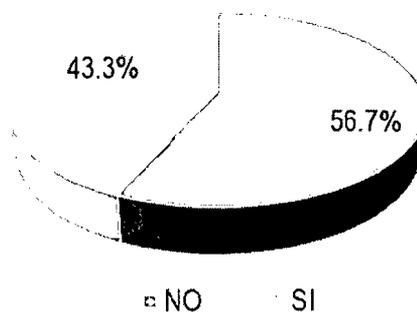
De la tabla 6 y figura 6, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 83,3% (25) manifiestan que al momento de realizar la consulta previa en su comunidad no se respetaron la identidad cultural, social y económica de su comunidad, mientras el 16,7% (5) al momento de realizar la consulta previa en su comunidad si se respetaron la identidad cultural, social y económica de su comunidad.

Tabla N° 7

		f	%
Hubo dialogo entre la comunidad y los representantes del estado con respecto a la concesión minera?	NO	17	56,7%
	SI	13	43,3%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

Figura N° 7



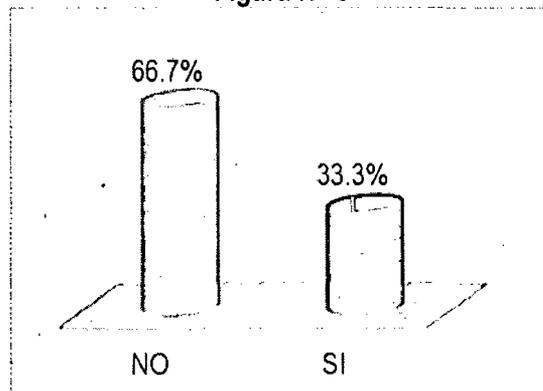
De la tabla 7 y figura 7, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 56,7% (17) manifiestan que no hubo dialogo entre la comunidad y los representantes del estado con respecto a la concesión minera, mientras el 43,3% (13) consideran que hubo dialogo entre la comunidad y los representantes del estado con respecto a la concesión minera.

**Tabla N° 8**

		f	%
¿Hubo consentimiento de parte de los comuneros frente a las propuestas del estado?	NO	20	66,7%
	SI	10	33,3%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

**Figura N° 8**



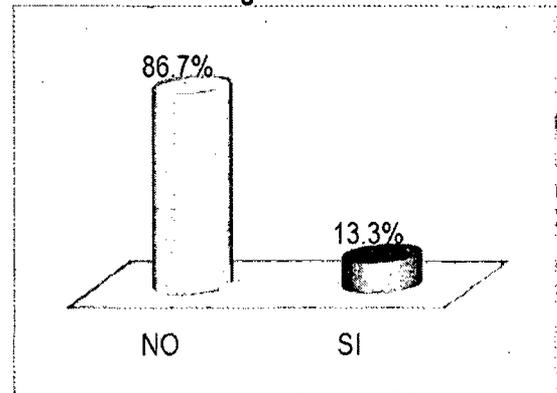
De la tabla 8 y figura 8, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 66,7% (20) manifiestan que no hubo consentimiento de parte de los comuneros frente a las propuestas del estado, mientras el 33,3% (10) consideran que hubo consentimiento de parte de los comuneros frente a las propuestas del estado.

**Tabla N° 9**

		f	%
¿Usted ha sufrido coerción intimidación o manipulación de parte del estado?	NO	26	86,7%
	SI	4	13,3%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

Figura N° 9



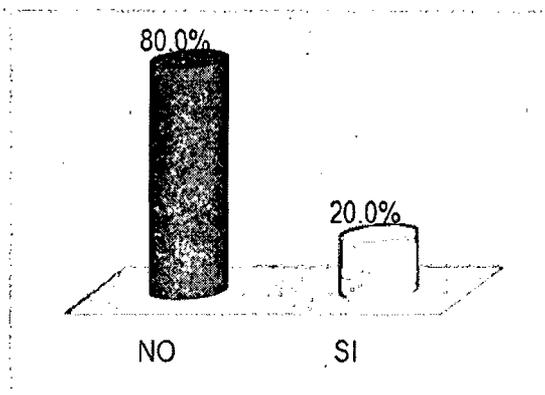
De la tabla 9 y figura 9, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 86,7% (26) manifiestan que no han sufrido coerción intimidación o manipulación de parte del estado, mientras el 13,3% (4) consideran que han sufrido coerción intimidación o manipulación de parte del estado.

Tabla N° 10

		f	%
¿En la concesión que otorgo el estado en su comunidad se respetó las formas de convivencia al momento de realizar la consulta previa?	NO	24	80,0%
	SI	6	20,0%
	Total	30	100,0%

Fuente: encuesta aplicada

Figura N° 10



De la tabla 10 y figura 10, en relación a la pregunta formulada a los pobladores de la comunidad campesina de Palca el 80% (24) manifiestan que en la concesión que otorgo el estado en su comunidad no se respetó las formas de convivencia al momento de realizar la consulta previa, mientras el 20% (6) consideran que en la concesión que otorgo el estado en su comunidad si respetó las formas de convivencia al momento de realizar la consulta previa.

**B. ANALISIS INFERENCIAL:**

**COMPROBACION ESTADISTICA DE LA HIPOTESIS**

Para evaluar la inferencia acerca de la relación entre nivel cultural de los pobladores de la comunidad de Palca y la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera, se empleó la estadística no paramétrica de Chi-cuadrada para una muestra con datos relacionados o apareados se optó por esta prueba porque no se conoce la forma de su distribución poblacional y menos aún sus parámetros. Para tal efecto se formula las siguientes hipótesis estadísticas:

**Hipótesis Nula (Ho):**

El nivel cultural de la población de la comunidad de palca, no garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera.

**Hipótesis Alterna (Ha):**

El nivel cultural de la población de la comunidad de palca, si garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera.

Para realizar la prueba de hipótesis, existen dos métodos: el método clásico y el método del valor probabilístico o nivel de significación observada (P-value=Sig.). El primero se determina comparando el valor calculado de la estadística de prueba y su respectivo valor teórico, en tanto que el segundo se compara el nivel de significancia observada; probabilidad mínima, con el nivel de significancia asumida. En el trabajo se utilizó el segundo método, cuyo resultado se obtuvo considerando la siguiente tabla.

**Tabla N° 10:** Relación entre nivel cultural y la aplicación del derecho a la consulta previa.

		APLICACIÓN DERECHO A LA CONSULTA PREVIA					
		NO		SI		Total	
		f	%	f	%	f	%
NIVEL CULTURAL	NO	0	0,0%	5	16,7%	5	16,7%
	SI	5	16,7%	20	66,7%	25	83,3%
	Total	5	16,7%	25	83,3%	30	100,0%

Fuente: Encuesta aplicada

Las hipótesis estadísticas formuladas se contrastaron con un nivel de significancia del 0.05 (5%) haciendo uso de la estadística de prueba de Chi - Cuadrada. La decisión se realizó con el criterio de valor probabilístico o nivel de significancia observada (Sig.); es decir, se rechazara la hipótesis nula (Ho) si el nivel de significancia observada es menor que el nivel de significancia asumida, de lo contrario se acepta.

**Tabla N° 11.** Estadístico de contraste de la CHI CUADRADA con relación a las variables de estudio.

<b>Pruebas de chi-cuadrado de Pearson</b>		
		Aplicación derecho a la consulta previa
	Chi cuadrado	1,200
Nivel cultural	gl	1
	Sig.	,273 <sup>a,b</sup>

Fuente: Encuesta aplicada

De la tabla precedente se observa que el valor de la estadística de prueba de Chi cuadrado tiene un valor de 1,200 con un valor probabilístico (Sig.) asociado a ella de 0,273 (27,3%). Comparando este valor con el nivel de significancia asumida de 0,05 (5%); se determina que es mayor ( $0,273 > 0,05$ ), por lo que se acepta la hipótesis nula ( $H_0$ ) y se rechaza la hipótesis alternativa ( $H_a$ ). Con este resultado se concluye que: "El nivel cultural de la población de la comunidad de palca, no garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera".

**4.2. DISCUSION:**

Los resultados concuerdan con lo que sostiene Taipei (2005) en su trabajo "Pueblos indígenas - Condición jurídica leyes Pueblos indígenas-Perú condiciones sociales Comunidades Campesinas Perú Colcabamba", en la que sostiene que los derechos de las comunidades son diminutas donde el Estado interviene resquebrajando el desarrollo económico social y cultural, asimismo señala que el Estado debe reconocer a la comunidad como sujeto de derecho, al que le corresponde una serie de derechos colectivos colectivos, la cual implica la consolidación del reconocimiento a mantener su identidad diferenciada de los demás componentes de la nación.

14

Por otro lado el autor precedentemente mencionado señala que el territorio indígena es un espacio físico de permanente expropiación, fragmentación, usurpación, explotación, y degradación ambiental, la cual constituye no solo pérdida de la tierra, sino que además afectación a la identidad cultural y valor cultural que representa el territorio para las comunidades, agrega diciendo que la normas que rigen en el país no responde a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, desde el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo diagnosticado el cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca y luego de describir los indicadores observados y realizado el trabajo de campo el resultado de mi hipótesis concuerda por que el nivel cultural de la población de la Comunidad Campesina de Palca, no garantiza la eficacia de la aplicación de del derecho a la consulta previa, no conoce en su mayor dimensión quien debe realizar el proceso de consulta previa según la encuesta realizada, es más minimiza el reconocimiento de los derechos colectivos, el Estado llega a autorizar las concesiones para la expropiación y exploración de manera que permite la afectación a la identidad cultural y valor cultural de la de la comunidad.

(Vela Perdomo, 2011) Realizo la investigación "La consulta previa para la explotación de recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño". Sostiene que se ha verificado el poco compromiso que existe en la práctica con el respeto por el derecho a la consulta previa, libre e informada, asimismo señala que es evidente que no se han adoptado las decisiones legislativas acertadas para garantizar el derecho a la consulta previa en las condiciones y ámbitos que señalan en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Según resultado de la investigación: la presencia del Estado en la Comunidad Campesina de Palca con respecto a la aplicación del derecho a la consulta previa es ínfimo y hay una clara imposición de autorización para la exploración, explotación y una afectación de la identidad cultural, es más, el funcionamiento de las instituciones competentes con respecto a la consulta previa es deficiente por lo que los comuneros y comuneras desconocen en su mayoría en tema en discusión, no solo no aplican sino que además no toman en cuenta las condiciones y ámbitos que señalan en el convenio 169 de la OIT.

Concordante con ello (Antuash Tsenkush, 2009) Investiga sobre "La eficacia de la consulta previa en la realidad del mundo indígena amazónico del Ecuador": quien menciona que los derechos colectivos de las comunidades indígenas, han sido desconocidos, sistemáticamente por el Estado ecuatoriano, con el afán de proteger intereses de empresas transnacionales, la cual responde a clásicas y obsoletas estructuras estatales que niegan la inclusión de los llamados grupos minoritarios del Estado Ecuatoriano. Asimismo (Acosta Cardenas, 2010) Investiga sobre "la aplicación de la mediación en la consulta previa a los pueblos indígenas como el mecanismo para llegar a acuerdos o buscar el consentimiento en caso de exploración y explotación de recursos no renovables": menciona que en el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a auto determinarse, teniendo en cuenta su permanencia ancestral en los territorios que habitan. La exploración y explotación de recursos no renovables dentro de estos territorios genera un conflicto de derechos, entre los pueblos indígenas y el Estado.

## CONCLUSIONES

1. El desarrollo de esta investigación, al permitir un acercamiento al estudio de la consulta previa de las comunidades campesina nos lleva a concluir que no hay presencia del Estado en las comunidades Campesinas con relación al tema del derecho a la consulta previa, y no hay información difundida, no hay organismo o entidad que puede llevar acabo el procedimiento del derecho a la consulta previa, por ello de acuerdo a los datos estadísticos de la investigación existe deficiente conocimiento o casi nada (nivel cultural), por lo que no garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera.
2. La práctica demuestra que a pesar de los avances en la materia, aún existe la muy poca importancia de parte del Estado con respecto a las comunidades indígenas y campesinas, al menos en lo referente a verificar de manera efectiva, el cumplimiento previo de la consulta previa, libre e informada y la existencia de consentimiento para tomar medidas legislativas y administrativas que vulneren sus derechos fundamentales en relación a la exploración y explotación de recursos naturales.
3. Finalmente, es evidente de que las comunidades campesinas e indígenas, han sido desconocidas sistemáticamente por el Estado, que niega la inclusión como sujeto de derechos, al que le corresponde una serie de derechos colectivos, privilegiando a inversionistas que sostienen el crecimiento económico de grupos empresariales del país.
4. Las normas vigentes que buscan regular este derecho, establecidas en decretos o instructivos, no guardan coherencia constitucional en la forma y fondo, pues violan los principios rectores y no reflejan el derecho de consulta de acuerdo a las características del derecho de consulta; **previa libre e informada.**

## RECOMENDACIONES

1. Conformar en el nivel nacional una mesa de dialogo entre las organizaciones indígenas, organizaciones comunales y el Estado que funcione de manera permanente e institucionalizada para ir definiendo de manera progresiva la aplicación del marco jurídico vigente.
2. En vista de que hay un claro desconocimiento en cuanto a la información del derecho a la consulta previa, se recomienda que debe existir en la Universidad Nacional de Huancavelica, para ser más preciso en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas grupos de proyección social que debe acudir brindando charlas, dando información a los ciudadanos y contactándose directamente con las autoridades comunales para de esta manera se logre contribuir a la comunidad, debido a que en nuestra es una zona donde existen recursos minerales en grandes cantidades.
3. Que las comunidades campesinas logren organizarse con sus autoridades y participar activamente en la producción de nuevas regulaciones a su favor, asimismo, buscar permanente dialogo con las autoridades representativas del Estado con relación a la ley del derecho a la consulta previa, asimismo no debe existir coacción, intimidación ni manipulación.
4. Se debe regular el derecho de consulta previa, libre e informada de manera adecuada, tomando en consideración los principios rectores plasmados en el Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indignas, asimismo debo recomendar que las sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos deben ser vinculantes para los países que son parte de los Convenios Internacionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

1. **Acosta Cardenas, A.** (2010). La Aplicacion de la Mediacion en la Consulta Previa a los Puelos Indiginas como el Mecanismo para llegar a Acuerdos o Buscar el Consentimiento en caso de Exploracion de Recursos no Renobables. Quito, Ecuador: Universidad San Fransisco de Quito .
2. **Antuash Tsenkush, A.** (2009). La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indigina Amazonico del Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar.
3. Cabanellas, G. (s.f.). Diccionario Juridico Elemental. Buenos Aires, Argentina. .
4. **Carhuatocto Sandoval, H.** (2012). Los Conflictos Sociales Indiginas en el Peru. Lima, Peru.
5. **Carhuatocto Sandoval, H.** (2013). Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento. LIMA.
6. **Carrion, P.** (2012). Consulta Previa, Legislacion y Aplicacion (Carla Bonilla ed.). Quito, Ecuador.
7. **Chirif, A.** (1993). La Organizacion Indigina y la Defensa Territorial en Reconocimiento y Demarcacion de Territorios Indiginas en la Amazonia. Bogota, Colombia: Fundacion Gaia.
8. **Chuecas Cabrera, A.** (2011). El Derecho de los Pueblos Idiginas y Comunidades en el Contexto Historico del Peru. Lima, Peru.
9. **Figallo, G.** (1988). Los Derechos de Bolivar sobre los Derechos de los Indios y al Venta de Tierras de la Comunidades. Lima, Peru: Rev. Debate Agrario.
10. **Garcia, M.** (2012). Conferencia sobre el Derecho a la Consulta a los Pueblos Indiinas (Gonzalo Gosalvez ed.). La Paz, Bolivia.
11. **Gomero camones, G.** (1997). Proceso de la Investigacion Cientifica. Lima, Peru: Fakir Editores.
12. **Harttling, J.** (2012). Conferencia sobre el Derecho a la Consulta a los Pueblos Indiginas (Gonzalo Galvez ed.). La Paz, Bolivia.
13. **Hernandez Sampiere, R.** (2003). Metodologia de la Investigacion (Delegacion , Iztapalapa ed.). Iztapalapa, Mexico: Mc Graw Hill .

- 07
14. **Ibañez , J.** (2012). Conferencia sobre Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas. La Paz, Bolivia.
  15. **La Torre , L.** (s.f.). Derechos Territoriales Frente a las Actividades Petroleras. Quito , Ecuador.
  16. **Mariategui, J. C.** (1928). 7 ensayos de la realidad nacional. lima, peru.
  17. **Molleda, J. C.** (2012). La consulta Previa de Iso Pueblos Indígenas en el Peru Conpendio de Legislacion y Jurisprudencia. Lima: Peru.
  18. **Roque, R.** (1996). Tierras y Territorios Indígenas. Lima, Peru: Estudio realizado para la Secretaria Pro- Tempore del TCA .
  19. **Roque, R., & Tamayo , A.** (1999). Legislacion y Derechos Indígenas en el Peru. Lima, Peru.
  20. **Sorensen, C.** (1978). Manual de Derecho Internacional Publico. Mexico, Mexico.
  21. **Taípe Sanches , C.** (2005). Condicion juridica Leyes Pueblos Indígenas-Peru Condiciones Sociales Comunidades Campesinas Peru Colcabamba. Lima, Peru: Universidad Nacional Mayor de SAn Marcos.
  22. **Vela Perdomo, C.** (2011). La Consulta Previa para la Explotacion de Recursos Naturales en el Territorio de Iso Pueblos Indígenas en el Marco del Convenio 169 de la OIT. Bogota, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
  23. **Vicente , A.** (1975). Derecho de los indiosy desarrollo en hispanoamerica. Madrid, España: Cultura Hispanica.
  24. **Vila Pihue, L.** (2006). El Derecho de la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en America Latina. La Paz, Bolivia.

## ARTICULO CIENTIFICO

Resultado de grandes luchas y sacrificios fue lograr la consulta previa la cual debe originar compromiso ineludible para el Estado de esta manera destacar e incluir en la aspiración de participación en la vida económica, política y cultural del país. El interés radica en examinar desde una perspectiva jurídica y social, la situación de los pueblos indígenas y Comunidades Campesinas del Perú frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales (derechos colectivos), para ser más preciso el derecho a la consulta previa, por el ello no basta que este plasmado como norma, lo más importante es que se logre la eficacia en su aplicación y así el Estado tenga consideración de su condición particular y que respete los derechos que tras arduas luchas han logrado reivindicar a su favor.

En esta investigación lo que se quiso saber es conocer la aplicación del derecho a la consulta previa, en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca, por lo que se ha necesitado saber y medir el proceso de aplicación del derecho a la consulta previa, para de esa manera tener un resultado fehaciente mediante el trabajo de campo haciendo una interpretación de carácter cuantitativo y cualitativo, por ello se ha tenido en cuenta el artículo 93º de tratados internacionales, asimismo la constitución política del Perú de 1993 en la que reconoce la interculturalidad, por lo el Estado peruano asume una triple obligación 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; 3) orientar el sentido y alcance de los órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados, sin embargo, se considera que existe de parte del Estado peruano bastante indiferencia respecto a su cumplimiento.

Finalmente, se ha cumplido con todos los procedimientos establecidos por el reglamento de grados y títulos de la Universidad Nacional de

Huancavelica, es así que sea diagnosticado el cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca, asimismo se ha realizado de acuerdo a los indicadores observados en el presente trabajo, en la que el aporte fundamental es, "El nivel Cultural de la población de la Comunidad Campesina de Palca, no garantiza la eficacia de la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera", es decir que la participación del estado peruano, en la Comunidad Campesina de Palca ha sido ínfima en la que no hubo dialogo, no hubo participación de la ciudadanía, asimismo el Estado no cumple con la obligación de dar información como bien lo señala el convenio 169 del OIT, sino más bien se observa una imposición de parte del Estado para la concesión de sus tierras privilegiando a empresas privadas para la exploración y explotación de recursos minerales. Similar situación sucede en países como Bolivia, Ecuador, México y Colombia.

# ANEXO

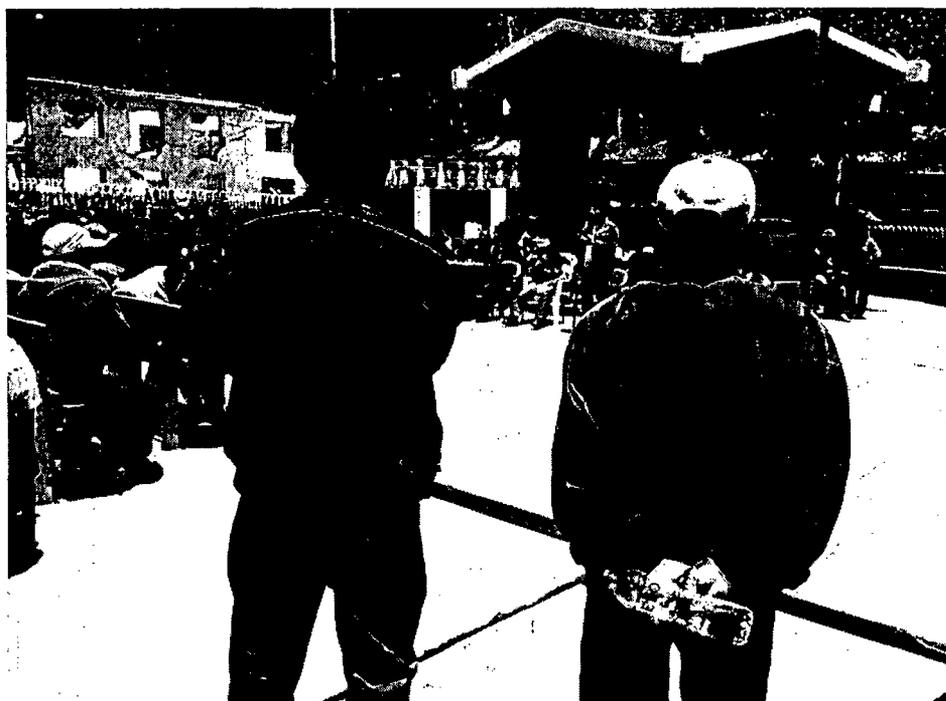
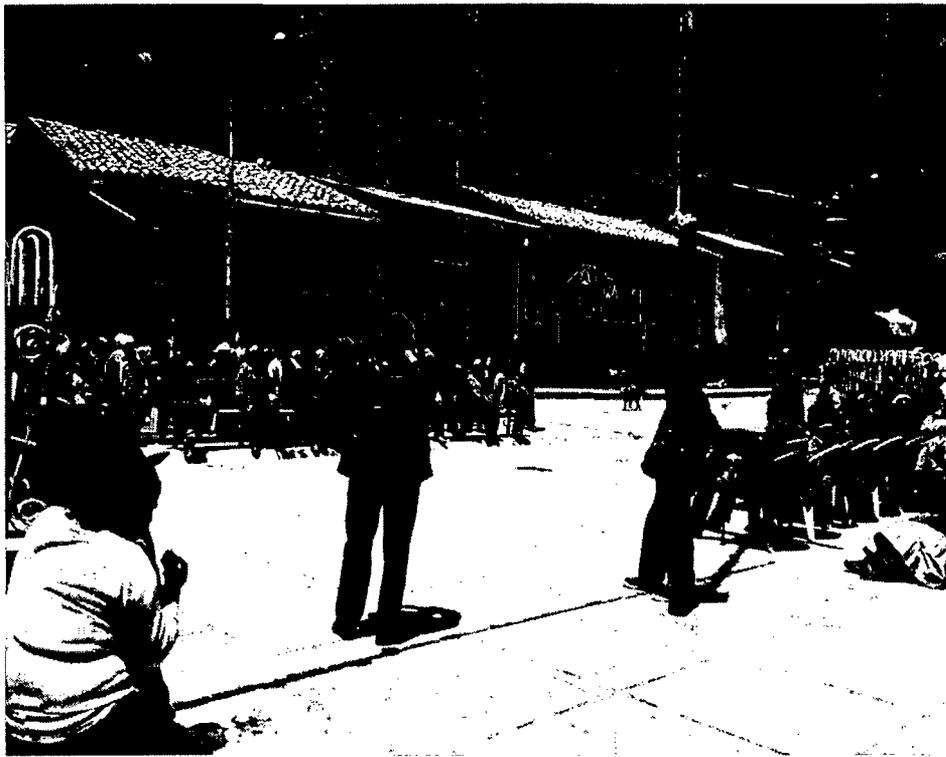
- MATRIZ DE CONSISTENCIA
- FOTOGRAFIAS
- INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE INFORMACION

**TITULO :** APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LA CONCESION MINERA DE LA COMUNIDAD CAMPESINA DE PALCA – HUANCVELICA –PERU

**RESPONSABLE :** WILDER DE LA CRUZ QUISPE

PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO TEORICO	HIPOTESIS	VARIABLE E INDICADORES	METODOLOGIA
<p><b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.</b> Teniendo en cuenta que el tema de la consulta previa es de reciente data y de mucha importancia en los últimos años a raíz de conflictos sociales que se producen a causa de la imposición del Estado en las concesiones y/o autorizaciones que otorga el Estado a sectores privados las tierras de comunidades.</p> <p><b>FORMULACION DEL PROBLEMA GENERAL</b> ¿Cómo se viene aplicando el derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica - Perú?</p> <p><b>FORMULACION DEL PROBLEMA ESPECIFICO</b> ¿Cuánto reconoce los comuneros de la Comunidad Campesina de Palca, sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en la concesión minera? ¿Cuáles son las características principales de su identidad cultural de la comunidad Campesina de Palca? ¿Cómo se viene cumpliendo los principios rectores del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b> Conocer la aplicación del derecho a la consulta previa, en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica - Perú.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECIFICOS.</b>  Diagnosticar el cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.  Describir los indicadores observados, del cumplimiento de la aplicación normativa de la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca.  Evaluar los resultados finales estadísticamente, a través del análisis e interpretación de carácter cuantitativo.</p>	<p><b>ANTECEDENTES</b> <b>A NIVEL NACIONAL</b> El tesista <b>Taipe Sánchez</b> de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de la Facultad de Derecho y Ciencia Política del Perú año 2005, en su tesis Titulado. "Pueblos indígenas- Condición jurídica leyes Pueblos indígenas-Perú condiciones sociales Comunidades Campesinas Perú Colcabamba" <b>A NIVEL INTERNACIONAL</b> La tesista <b>Claudia Vela</b>, de la Universidad Nacional de Colombia de la faculta de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Colombia 2011, en su tesis Titulado. "la Consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 160º OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño" <b>(Acosta Cardenas, 2010)</b> Investigo sobre "la aplicación de la mediación en la consulta previa a los pueblos indígenas como el mecanismo para llegar a acuerdos o buscar el consentimiento en caso de exploración y explotación de recursos no renovables". Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas"</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL</b>  El derecho a la consulta previa en la concesión minera de la comunidad campesina de Palca es deficiente. Por el desconocimientos del proceso de consulta previa como mecanismo de defensa de las comunidades.</p> <p><b>HIPOTESIS ESPECÍFICO</b> Sería el desconocimiento de las normas aplicables del derecho a la consulta previa de las comuneros en la Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica – Perú.  La comunidad Campesina de Palca es quechua hablante, sus costumbres, sus traiciones y su autonomía gubernamental.  Los principios rectores del derecho a la consulta previa en la concesión minera de la Comunidad Campesina de Palca es aplicado deficientemente por el Estado.</p>	<p><b>UNIVARIABLE</b>  El derecho a la consulta previa en la Comunidad Campesina de Palca.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Ámbito de estudio</b> Comunidad Campesina de Palca – Huancavelica – Perú</li> <li>- <b>Tipo de Investigación</b> Básica o pura</li> <li>- <b>Nivel de Investigación</b> -Descriptivo</li> <li>- <b>Método</b> -Descriptivo - Observacional - Científico</li> <li>- <b>Diseño de Investigación</b>  Descriptivo  M—— O</li> <li>- <b>Técnicas de Recolección de Información</b> -Técnica Bibliográfico Acopio Documental</li> <li>- <b>Instrumentos de Recolección</b>  - Encuesta</li> <li>- <b>Fuentes</b>  -Bibliográficas -Normas -Tratados</li> </ul>

Se aprovechó la Asamblea General de los comuneros y comuneras en la comunidad campesina de palca, para la aplicación de la encuesta.



Evaluación de los resultados finales mediante un análisis e interpretación de carácter cuantitativa y hermenéutica.





## **INSTRUMENTO DE MEDICION**

### **TITULO DE LA INVESTIGACIÓN**

**“APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LA CONCESION MINERA DE LA COMUNIDAD CAMPESINA DE PALCA – HUANCAVELICA - PERU”**

**I. DATOS INFORMATIVOS:**

Encuesta anónima correspondiente al año 2014, dirigido a los comuneros y comuneras de la Comunidad Campesina de Palca.

**II. INSTRUCCIÓN:**

Pido a Ud., tenga la bondad de responder sólo con un “X” si considera afirmativa o negativa, sobre aspectos importantes de mi investigación siendo los siguientes:

<b>Nº</b>	<b>DESCRIPCION</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
1	¿Conoce usted en que consiste la consulta previa?		
2	¿Intervino usted en el proceso en el proceso de consulta previa en la comunidad campesina de Palca?		
3	¿Usted sabía que el derecho a la consulta previa es de obligatorio cumplimiento para el Estado?		
4	¿Usted como comunero ha sido informado antes de la concesión o autorización del estado?		
5	¿Evaluaron los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio?		
6	¿Al momento de realizar la consulta previa en su comunidad en su comunidad se respetaron la identidad cultural, social y económica de su comunidad?		
7	Hubo dialogo entre la comunidad y los representantes del estado con respecto a la concesión minera?		
8	¿Hubo consentimiento de parte de los comuneros frente a las propuestas del estado?		
9	¿Usted ha sufrido coerción intimidación o manipulación de parte del estado?		
10	¿En la concesión que otorgo el estado en su comunidad se respetó las formas de convivencia al momento de realizar la consulta previa?		

Agradezco por su cooperación a Ud., por su respuesta con transparencia y veracidad a las preguntas que se le ha presentado.

Huancavelica, marzo del 2015.