

**LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR
LA CONSULTA PREVIA
LEGISLATIVA EN EL PERÚ**



Instituto de Defensa Legal del Ambiente
y el Desarrollo Sostenible

La Acción de Cumplimiento por la Consulta Previa Legislativa en el Perú

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Doctor en Derecho y CC.PP.

La Acción de Cumplimiento por la Consulta Previa Legislativa en el Perú



IDLADS

Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible

© **La Acción de Cumplimiento por la Consulta Previa Legislativa en el Perú**

© **Henry Oleff Carhuatocto Sandoval**

Consejo Consultivo de IDLADS PERÚ:

Alberto Chirif
Ketty Marcelo
Frederica Barclay
Antolín Huáscar
Jorge Pérez

Consejo Directivo de IDLADS PERÚ:

Yanua Atamain Uwarai
Lilyan Delgadillo Delgadillo
Amparo Córdova Berrocal
Bianca Centeno Calderón
Carla Rodríguez Lázaro
Marcela Gómez Carhuatocto
Carmen Liliana Sandoval Heredia

Edición 2024

Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible - IDLADS PERÚ

Dirección: Av. Tingo María N° 495, Breña, Lima - Perú

Correo electrónico: instituto.idlads@gmail.com

Web: www.idladsperu.org.pe

RUC: 20451598091

Teléfono: 987182023

Primera edición: abril 2024

Tiraje: 500 ejemplares

Imagen de Portada y Contraportada:

Mural Indígena en el Colegio Nacional de Yarinacocha

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú: 2024-03514

Impreso por:

IDLADS PERÚ

Av. Tingo María 495 Breña-Lima

Abril 2024

“Así, supimos que un presidente del Congreso se había opuesto a la realización de un referéndum en torno al Tratado de Libre Comercio con los EE. UU, alegando que “llamas y alpacas” no podían votar. Un conocido animador de televisión explicó determinada opción electoral de los habitantes de las comarcas alto andinas, por la falta de oxígeno propia de esas regiones. El entonces presidente del Consejo de Ministros también aludió al aire enrarecido de la sierra para referirse tanto a la oposición al TLC como a los resultados en las encuestas, demostrando que hasta en las metáforas el racismo de las elites es consensual.”

Jorge Bruce. “Nos habíamos choleado tanto”. Psicoanálisis y racismo. San Martín de Porres. Lima-Perú. 2008.p. 11

Índice

Introducción.....	13
Capítulo I La Lucha por el reconocimiento de la Identidad Étnica y Cultural	21
1.1. Los Indígenas en la conquista y la colonia.....	22
1.2. Los indígenas en la emancipación y la República	25
1.3. El Constitucionalismo Social y los Derechos Indígenas.....	30
1.4. La Constitución de 1920 y el reconocimiento de las Comuni- dades Indígenas	33
1.5. La Ley de Conscripción vial de 1920	38
1.6. El Código Penal de 1924 y su tratamiento de los indígenas....	40
1.7. El Problema del Indio en “Los 7 Ensayos de la Realidad Pe- ruana” de José Carlos Mariátegui (1928).....	41
1.8. La regulación sobre comunidades campesinas y nativas des- pués de 1950	43
1.9. La Constitución de 1979 y los derechos indígenas	45
1.10. El Código Civil de 1984 y los Derechos Indígenas.....	48
1.11. La Constitución de 1993 y los Derechos Indígenas	49
1.12. El Impacto del Convenio 169 de la OIT en el reconocimiento de derechos indígenas	50
Capítulo II El rango constitucional del derecho a la consulta previa y su evo- lución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2009- 2024).....	59
2.1. Introducción.....	60
2.2. La evolución del derecho constitucional de consulta previa en el Perú.....	61
2.3. Conclusiones	79

Capítulo III	La Acción de cumplimiento por la Consulta Previa Legislativa.....	81
3.1.	Introducción.....	82
3.2.	Los demandantes	84
3.3.	Petitorio.....	85
3.4.	Fundamentos de hecho	86
3.4.1.	Respecto a los pueblos indígenas en el Perú.....	86
3.4.2.	El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas	88
3.4.3.	Respecto a la afectación cierta y continua de la Confederación Nacional Agraria-CNA de su derecho a la consulta previa por conducta omisiva del Congreso de la República.....	90
3.4.4.	Respecto a la afectación cierta y continua de ONAMIAP de su derecho a la consulta previa por conducta omisiva del Congreso de la República.....	91
3.4.5.	Carta de requerimiento al Congreso de la República para que se adecue al derecho a la consulta previa contemplado en el artículo 6 del Convenido 169 de la OIT.....	91
3.5.	Fundamentos de derecho.....	92
3.5.7.	Respecto a la legitimidad para obrar por intereses difusos y colectivos de los demandantes en defensa del cumplimiento del derecho de consulta previa	95
3.5.8.	Atribuciones del Congreso de la República.....	96
3.5.9.	Respecto a la figura de la “inconstitucionalidad por omisión” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la omisión de la consulta previa en la aprobación de las leyes que afectan a los pueblos indígenas.....	97
3.5.10.	Respecto a la vulneración del derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.....	104
Capítulo IV	Absolución de la Contestación de la Demanda de Cumplimiento..	107
4.1	Respecto al petitorio de la acción de cumplimiento.....	108
4.2.	Respecto a los requisitos mínimos que debe cumplir el mandamus según el Tribunal Constitucional.....	109
4.3.	Respecto a la supuesta ausencia de mandato cierto y claro en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT	110

4.4. Sobre la supuesta existencia de controversia compleja en el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT	111
4.5. Respecto la solicitud de cumplimiento presentada ante el Congreso de la República	113
4.6. Respecto a la confusión de la legitimidad procesal pasiva: Congreso y Congresistas.....	114
4.7. Respecto a la vía procedimental y la reconversión de oficio de considerarlo conveniente	115
4.8. Sentencia de la Corte Suprema que reafirma la obligación del Estado peruano de realizar la consulta previa del estudio de impacto ambiental.....	117
4.9. Evidencia de vulneración del derecho a la consulta previa legislativa: aprobación del Proyecto de Ley N°01210/2021-CR.....	119
Capítulo V Consecuencias de la Acción de Cumplimiento por la Consulta Previa Legislativa.....	121
Conclusiones	141
Bibliografía.....	177

Introducción

En “Brevisima relación de la destrucción de las Indias”, Bartolomé de las Casas, escribía que: *“Después de acabadas las guerras e muertes en ellas, todos los hombres comúnmente los mancebos y mujeres y niños, repartiéronlos entre sí, dando a uno treinta, a otro cuarenta, a otro ciento y doscientos (según la gracia que cada uno alcanzaba con el tirano mayor, que decían gobernador). Y así repartidos a cada cristiano dábanse las con este color: que los enseñase en las cosas de la fe católica, siendo comúnmente todos ellos idiotas y hombres crueles, avarísimos e viciosos, haciéndoles curas de ánimas. Y la cura o cuidado que dellos tuvieron fué enviar los hombres a las minas a sacar oro, que es trabajo intolerable, e las mujeres ponían en estancias, que son granjas, a cavar las labranzas y cultivar la tierra, trabajo para hombres muy fuertes y recios. No daban a los unos ni a las otras de comer sino yerbas y cosas que no tenían sustancia; secábaseles la leche de las tetas a las mujeres paridas, e así murieron en breve todas las criaturas. Y por estar los maridos apartados, que nunca vían a las mujeres, cesó entre ellos la generación; murieron ellos en las minas, de trabajo y hambre, y ellas en las estancias o granjas, de lo memos, e así acabaron tanta e tales multitudes de gentes de aquella isla; e así se pudiera haber acabado todas las del mundo.”*¹

1 De las Casas, Bartolomé. Brevisima relación de la destrucción de las Indias. Sarpe. Madrid-España. 1985.p. 49-50.

La conquista y colonización de África y América implicó un proceso de apropiación de territorios y la servidumbre de millones de personas que fueron vistas como “otros” inferiores, menores de edad, salvajes y primitivos a los que se venía a civilizar previo destierro de sus deidades y culturas, este proceso no solo significó un genocidio físico sino cultural de cientos de culturas autóctonas que habitaron los continentes recién invadidos y despojados de sus recursos iniciándose con ello la occidentalización cultural de las poblaciones que habitaron estos espacios geográficos especialmente en las capitales de los virreinos y futuros países quedando en los márgenes de esa influencia las zonas rurales alejadas y la selva amazónica donde los rezagos de los hombres y mujeres originarios y originarias que seguían manteniendo viva lengua e identidad cultural especialmente en los Andes y la Amazonia permitiéndoles conservar hasta el día de hoy, parte o la totalidad de su identidad étnica y cultural como pueblo originario, autóctono o indígena.

El “problema del Indio” fue tratado por los españoles con una legislación especial, las leyes de las indias, siendo tratado como un “otro”, el buen salvaje, que tenía derecho a conservar su estructura social, cultural e incluso política, en tanto se subordinaran a la corona española, situación que cambió radicalmente con la rebelión de Túpac Amaru II que evidenció que los cacicazgos se convertían en espacios para la emancipación de estas poblaciones pues permitían que se puedan organizar bajo una causa común, unidos por su identidad étnica y cultural, aunque no es un secreto que el levantamiento también tenía intereses particulares de la élite indígena.

Lamentablemente, la independencia del Perú y el nacimiento de la República, empeoró la situación del indígena pues quienes gobernaron el país, criados bajo la cultura occidental europea los siguieron viendo como unas poblaciones ignorantes, atrasadas y primitivas de los cuales sucesivos gobiernos fueron aprovechándose sea con tributos injustos, trabajo bajo condición de servidumbre para obras públicas o con la apropiación progresiva de sus territorios ancestrales sin ninguna compensación de por medio.

El siglo XX significó una visibilización mayor del problema del indígena debido a las revueltas campesinas y al impacto continental de Constitución Mexicana de 1914 que dieron el contexto para que Augusto B. Leguía con su

“Patria Nueva” reconocieran “formalmente” en la constitución derechos a los pueblos indígenas sin que estos en realidad fueran un cambio sustantivos en las condiciones socio económicas y exclusión de los mismas como lo atestiguaría por entonces tanto José Carlos Mariátegui en sus “Siete Ensayos de la Realidad Peruana” y Víctor Andrés Belaunde en su “Realidad Nacional.”

Pasarían muchas décadas durante las que se caldearon las demandas indígenas hasta arribar a la primera reforma agraria de los 50 y sobre todo la segunda reforma agrario de fines de los 60 donde el gobierno militar de Juan Velasco que con su “Plan Túpac Amaru” cambio significativamente las condiciones de vida de estas poblaciones originarias que reivindicaron sus territorios ancestrales además de su reconocimiento como un actor político, incluso con una revaloración del quechua, bajo un contexto de ideas nacionalistas y socialistas imperantes en los años 70, que se traduciría finalmente en mayores salvaguardas indígenas en la Constitución Política de 1979.²

La década de los 80 significó otra época oscura para las poblaciones indígenas, especialmente en Ayacucho y los Ashánincas de la Selva Central, quienes fueron masacrados y esclavizados respectivamente por los movimientos terroristas de Sendero Luminoso y Túpac Amaru, así como fueron víctimas de militares y policías que bajo prácticas antiterroristas ilegales ejecutaron extrajudicialmente periodistas y campesinos. Una vez más no fue hasta que se organizaron las poblaciones indígenas mediante las rondas campesinas coordinadas con las fuerzas armadas del país en que se logra vencer militarmente a los movimientos subversivos.

Posteriormente, el autogolpe del 5 de abril de 1992 y la disolución del Congreso por parte de Alberto Fujimori fue motivo de duras críticas, en cuanto los derechos humanos, por lo que a fin de congraciarse con la comunidad internacional, ese gobierno suscribe en 1993, el Convenio 169 de la OIT, que es el que consagra el derecho de consulta previa y al consentimiento libre e informado de las poblaciones originarias, autóctonas o indígenas, el cual entra en vigencia en el Perú, el 2 de febrero de 1995, sin embargo, durante 17 años nunca se hizo

2 Cfr, Aguirre, Carlos / Paulo Drinot (editores). La Revolución Peculiar, repensando el gobierno militar de Velasco. IEP. Lima- Perú. 2018.

efectivo pues más que una decisión política real fue un acto simbólico para guardar las apariencias de ser un Estado Constitucional y Democrático.³

El punto de quiebre para que esto cambiara sin duda fue el 05 de junio de 2009, cuando el enfrentamiento entre policías e indígenas, en la zona denominada la Curva del Diablo, en Bagua, dejó como saldo más de 30 fallecidos y decenas de heridos, además de desaparecidos, que tuvo como detonante la exigencia del respeto del derecho a la consulta previa en la aprobación de la legislación que regulaba el aprovechamiento de los bosques, diversidad biológica y la flora que impactaba directamente en la vida de los pueblos indígenas amazónicos.

Tras los lamentables sucesos que se desencadenaron el 5 de junio del 2009, en Bagua, el Congreso derogó el Decreto Legislativo No 1090, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y se constituyó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de Pueblos Indígenas de la Amazonía, que recogió los aportes de los pueblos indígenas a la legislación forestal, a través la Mesa N° 2, convocada por el Ejecutivo. La Mesa contó con la participación de los gobiernos regionales amazónicos y los representantes de los pueblos indígenas de cada región. En este marco se inicia un proceso de elaboración de una legislación forestal actualizada que llene los vacíos y limitaciones de las normas vigentes. Mediante Resolución Ministerial N° 544-2009-AG, el Ministerio de Agricultura dispuso la realización de un proceso nacional participativo descentralizado para la revisión y actualización de la legislación forestal y de fauna silvestre, proceso en el que también participaron técnicos y especialistas del Ministerio del Ambiente y de la Defensoría del Pueblo. Era la primera vez que el Estado iniciaba un proceso de acercamiento y diálogo para conocer e incorporar las propuestas de la población en un tema sensible.⁴

3 No sorprende por ello que la Constitución Política de 1993 haya significado en la práctica un desmantelamiento de la reforma agraria cuando eliminó la condición de inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios indígenas con el objetivo que circulen en la economía como una mercancía más, olvidándose de la relación cultural que existe entre estos y las poblaciones indígenas.

4 Ministerio de Agricultura. Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Por un aprovechamiento sostenible. Grafica Publicitaria Exterior Perú SRL. Lima-Perú.2012. p.35

Como resultado de este proceso de elaboración propuestas concertadas de Política y Ley Forestal y de Fauna Silvestre. La propuesta de Ley Forestal y de Fauna Silvestre, elaborada en conceso con los actores del sector forestal, fue presentada por el Poder Ejecutivo al Congreso y pasó a ser el Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE. A través de la Comisión Agraria, del Congreso de la República, se inició un Proceso de Consulta, Libre e Informada para Pueblos Indígenas sobre la referida iniciativa legislativa, en el marco de los parámetros del Convenio 169 de la OIT. Luego de los procesos participativos de consulta se obtuvo un Dictamen del Proyecto de ley forestal y de Fauna Silvestre, consensuado con los actores del sector y con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La propuesta fue sometida a una segunda ronda en el proceso de consulta, mediante reuniones fuera de Lima y un segundo encuentro nacional. Así se arribó a un Texto Sustitutorio, que respondió tanto a las expectativas de actores y usuarios de las zonas forestales, cuanto a las necesidades de utilización y conservación sostenible requeridas en todo el país. El proyecto consensuado fue debatido y aprobado por el Pleno del Congreso de la República.⁵ Realmente la autodenominada “primera consulta previa del Poder Legislativo” realizada a la Ley Forestal, publicada el 22 de julio del 2011, solo se puede considerar como una excelente participación ciudadana, más no una consulta previa, pues no se desarrollaron las etapas de este procedimiento a nivel nacional y mediante un auténtico diálogo intercultural que diera origen acuerdos.

Recordemos, que el presidente Ollanta Humala, el 07 de septiembre de 2011, aprueba la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios, reconocido por el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785 y posteriormente, el Ministerio de Cultura, luego de una irregular consulta previa, aprueba su reglamento, el 02 de abril del 2012. Lamentablemente muchas de las consultas previas en actividades extractivas que vendrían luego entre el 2013 hasta el 2018 no garantizarían del derecho al consentimiento libre e informado de las poblaciones indígenas y existiría una disparidad de criterios sectoriales para en unos casos sí consultar la adjudicación de las concesiones y otros casos no hacerlo, como se aprecia en el caso de las actividades mineras frente

5 Ibidem. p.35-36

a las hidrocarburíferas. Sin embargo, en lo que todos los sectores extractivos y productivos si sean puesto de acuerdo es en su resistencia a que se consulte la medida administrativa que establece los resguardos socio ambientales de las poblaciones indígenas frente a las actividades económicas como son los estudios de impacto ambiental y otros instrumentos de gestión ambiental.⁶

Esta resistencia del Poder Ejecutivo frente a la implementación de la consulta previa en las actividades extractivas ha ido siendo revisada por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional generando ambas instancias una serie de pronunciamientos que se pueden resumir en: la obligación de parte del gobierno de consultar toda medida administrativa o legislativa que afecta a pueblos indígenas, la necesidad de que los estudios de impacto ambiental sean objeto de consulta previa, la necesidad de consultar normas relacionadas a territorios indígenas así como establecer como vía adecuada para exigir el derecho a la consulta previa el proceso constitucional de amparo.

En el gobierno de Alejandro Toledo, un presidente que en su campaña presidencial explotó sus raíces andinas para ser elegido, tuvo como símbolo la chakana y decía enorgullecerse de su identidad étnica, se produjo el siguiente suceso: “Así, supimos que **un presidente del Congreso** se había opuesto a la realización de un referéndum en torno al Tratado de Libre Comercio con los EE. UU, alegando que “llamas y alpacas” no podían votar. Un conocido animador de televisión explicó determinada opción electoral de los habitantes de las comarcas alto andinas, por la falta de oxígeno propia de esas regiones. El entonces presidente del Consejo de Ministros también aludió al aire enrarecido de la sierra para referirse tanto a la oposición al TLC como a los resultados en las encuestas, demostrando que hasta en las metáforas el racismo de las elites es consensual.”⁷ Esto demostraba que no existía ningún tipo de representación política real en el Poder Ejecutivo ni Legislativo de los pueblos indígenas lo que acentuaba la exclusión y discriminación de estas minorías étnicas.

6 Leyva, Ana. *Consúltame de verdad, aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero*. Oxfam- Cooperación. Lima-Perú.2018.

7 Bruce, Jorge. “Nos habíamos choleado tanto”. *Psicoanálisis y racismo*. San Martín de Porres. Lima- Perú. 2008.p. 11

Más recientemente (2023) en pleno cuestionamiento del gobierno de Dina Boluarte, el legislador Juan Carlos Lizarzaburu de Fuerza Popular que atacó a la bandera Wiphala comparándola como mantel de chifa. Sus palabras textuales fueron: *“Ya que le gusta la palabra originario, el hombre americano llega por el estrecho de Bering y la Polinesia, si tu te sientes originario, originario, será la papa, el oyuco, la oca, nosotros, los que nacemos en esta tierra somos originarios del Perú y amamos a nuestra bandera y pagamos nuestros impuestos, déjense de hablar de originario y la bandera del Tahuantisuyo que fue una bandera ganada en un concurso radial de Radio Tahuantisuyo hace décadas atrás, y en el 2009, la Wiphala, ese mantel de chifa fue adoptados por algunos resentidos sociales bolivianos, entonces por favor dejémonos de hablar de origen y tonterías de que no tienen nada de productivo en nuestro país (...)”*⁸ Y es que a nuestra mayor parte de la clase política y elite dominante le resulta repulsivo y desagradable hablar de indígena u originario en el siglo XXI pues conciben a los peruanos como una población uniforme y no aceptan diferencias étnicas ni una ciudadanía indígena con una agenda y necesidades propias.



Indígenas peruanos llevan la wiphala en sus marchas de protesta en su país. | EFE

8 Legislador fujimorista atacó a la bandera Wiphala, símbolo de los pueblos originarios: “Ese mantel de chifa” En: Infobae. Enlace: <https://www.infobae.com/peru/2023/02/03/legislador-fujimorista-ataco-a-la-bandera-wiphala-simbolo-de-los-pueblos-originarios-ese-mantel-de-chifa/>

De ahí la razón de las protestas en el sur del Perú, entre fines del 2022 y principios del 2023, que revelan esa falta de representación política de la población indígena en el Congreso y el gobierno que detonó en conflictos sociales que solo pudieron ser sofocados mediante una represión brutal y violenta. Ciertamente, vivimos en una democracia híbrida, donde existen ciudadanos con representación política debido a su poder económico, privilegios heredados e influencias, y ciudadanos sin representación política, con muchas necesidades insatisfechas, que viven en provincia y son o tienen raíces originarias, conservando total o parcialmente su identidad étnica y cultural.

En ese contexto de exclusión y discriminación es que se libró una de las batallas legales más difíciles de la historia reciente como es la implementación de la consulta previa de las leyes que afectan a los pueblos indígenas que fue liderada por la Confederación Nacional Agraria-CNA y Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP quienes decidieron, con apoyo de IDLADS PERÚ, interponer una acción de cumplimiento contra el Congreso de la República (discriminator e indiferente al indígena), el 08 de mayo del 2017, para abrir la puerta a la consolidación de este derecho colectivo indígena, y en este texto, expone los principales argumentos de dicha causa, su desenlace y consecuencias.

Lima, 14 de marzo del 2024

IDLADS PERÚ

Capítulo I

LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

“El asunto es que la configuración visual del indio no es solo una falsa representación de una realidad existente, sino una falsa proposición que delata la naturaleza profundamente problemática de cualquier intento para dar forma tangible a colectivos singulares. Las imágenes etno-raciales proponen la falacia de que los tipos raciales existen como entidades concretas, que residen en cuerpos, que pueden ser representados a través de signos culturales, morfológicos y fenotípicos –en definitiva, que pueden hacerse visibles–, por lo que, aunque la figuración visual de las categorías etno-raciales ponga constantemente al descubierto su propia imposibilidad, sostiene y perpetúa las ficciones a través de las cuales se imaginan. El peligro de las imágenes es, precisamente, que se prestan a estos presupuestos, que, a través de su impulso objetivador, producen la promesa, y la realidad, de plantear sujetos raciales.

El argumento del realismo indigenista proponía que, en última instancia, la cuestión de la representación del indio se resolvería políticamente. Esto implicaba la eliminación de sus mediadores intelectuales. Como lo declaró famosamente José Carlos Mariátegui, una “literatura indígena,

si debe venir, vendrá a su tiempo. Cuando los propios indios estén en grado de producirla.”

Natalia Majluf. La Invención del Indio. IEP. Lima-Perú. 2022. p.279-280

1.1. Los Indígenas en la conquista y la colonia

El camino recorrido por nuestros pueblos originarios desde la conquista de la región sudamericana y el Perú ha estado empedrado de violencia, indiferencia, despojo, servidumbre, explotación y discriminación de lo andino y amazónico ajeno a la construcción de un Estado Nación ficción que desconocía las pluralidades de naciones ancestrales que habitaban en ese territorio llamado Perú pero que antes se llamó Tahuantinsuyo en cuyo interior habitaban decenas de naciones.

La creación de una sociedad colonial comienza, más que termina, con la conquista y con la imposición de un régimen extranjero, pero este régimen, para ser duradero, no puede basarse sólo en la amenaza de la fuerza física. La sociedad que existió en el área andina antes de la llegada de los conquistadores españoles funcionaba a través de una complicada trama de relaciones sociales que regulaban el intercambio social, económico y político entre sus miembros y determinaba su acceso a los bienes y recursos producidos por los otros. El largo proceso de colonización implicó la fragmentación de las relaciones sociales que mantenían unida a aquella sociedad, y su reemplazo por otras relaciones que ataron a los miembros de la sociedad sometida a sus conquistadores y limitaron su solidaridad interna.⁹

Pedro Cieza de León escribía que “algunas personas dicen de los indios grandes males, comparándolas con bestias, diciendo que sus costumbres y manera de vivir son más brutos que de hombres, y que son tan malos que no solamente usan el pecado nefando, más que se comen unos a otros, y puesto que en esta mi historia yo haya escrito algo de esto y de algunas otras fealdades y abusos

9 Spalding, Karen. De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonial. IEP. Lima- Perú. 1974. p. 31

de ellos, quiero que se sepa que no es mi intención decir que esto se entiende por todos; antes es de saber que si en una provincia comen carne humana y sacrifican sangre de hombres, en otras muchas aborrecen este pecado.”¹⁰ Deshumanizados los indios se les explotó sin piedad en las minas, como bien lo dice de Felipe Guamán Poma de Ayala: “Y no les pagan el trabajo de ida y vuelta por los caminos, ni el tiempo que están en las minas, ni sus jornales. Y con el pretexto del trabajo en las minas los hacen trabajar cuidando el ganado y los llevan a los llanos y mueren los indios, y los obligan a tejer ropa común y ropa fina y a otros los obligan a comerciar sin pagarles sus tareas y les esconden lo que trabajan. Y en los asientos mineros tienen indias cocineras amancebadas. Y fuerzan a algunas hijas de los indios, las desvirgan los amos mineros y sus mayordomos. A los maridos los envían a las minas de noche o a sitios muy lejos para forzar a sus mujeres. Y los obligan a aceptar maíz, carne, chicha, queso o pan, por la fuerza. Ponen estos productos en la cuenta de ellos y los descuentan de sus trabajos y tareas. Y al fin los indios salen muy pobres y con mucha deuda, y no tienen con qué pagar tributos e impuestos.”¹¹

De allí, que sea una consecuencia natural de esta mirada excluyente y racista, lo descrito por Aroca cuando señala: “en el pasado, los indígenas amazónicos eran llamados ‘salvajes’, con una carga peyorativa que contrasta con los términos modernos de ‘campesino’, ‘nativo’ o ‘indígena’; entonces, los grupos que ostentaban el poder los emplearon como mejor les convenía a sus intereses; atentando contra su economía y su organización tradicional, apropiándose de su fuerza laboral y despojándolos de sus mejores tierras.”¹²

El autor, nos recuerda que, con la llegada de los españoles al Perú, se estatuye un nuevo régimen legal mediante el cual se deben sujetar las tierras americanas a la Corona española, según la Bula Inter Coeteris del 4 de mayo de 1493 del Papa Alejandro VI. En virtud de la donación hecha por la Santa Sede, la

10 .Cieza de León, Pedro. La Crónica del Perú. Peisa. Lima- Perú. 1988. P. 251

11 .Guamán Poma de Ayala, Felipe. Nueva Crónica y Buen Gobierno. Datil.es. Lima- Perú. 2010. p. 141-142

12 Aroca Medina, Javier. El Dilema de los Pueblos Indígenas frente a las industrias extractivas. En: A las Industrias Extractivas. En: TDA, DAR. Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales. AÑO 1 N 1. Palestra. Lima- Perú. 2011.P. 181

persona del Rey de España se beneficia a título de propiedad individual quien, al no poder ejercer directamente los atributos de dominio, divide el territorio americano, conservando el dominio eminente y cediendo el dominio útil a los conquistadores mediante las llamadas “gracias” o “mercedes” que eran títulos precarios que el Rey podía revocar en cualquier momento, pero que en la práctica lo hizo en muy pocas ocasiones. En consecuencia, ese derecho de usufructo que ejercieron los conquistadores españoles fue en la realidad un derecho de propiedad que, incluso fue objeto de sucesión testamentaria.¹³

Durante la Colonia, la posesión de las tierras se efectuó de facto y los colonizadores se distribuyeron a los indígenas que se encontraban en dichas tierras. Así surge el “repartimiento” y la “encomienda”, instituciones que permitieron que los encomenderos recibiesen tributos de los indios. En la práctica, estas instituciones convirtieron a los indios en siervos y en yanaconas de los encomenderos. A pesar del Codicilo de Isabel La Católica de 1494 y las Leyes de Burgos del año 1512, así como la influencia del fraile dominico Antonio de Montesinos y de los religiosos Tomás de San Martín, Domingo de Santo Tomás y Santo Toribio de Mogrovejo, en la práctica no se respetó ni brindó un verdadero trato humano a los indígenas en América. Bartolomé de las Casas presenta a la Corona española la “Relación Breve de la Destrucción de los Indios” que provocan las Ordenanzas de 1543, base de la Recopilación de las Leyes de Indias, en virtud de las cuales Carlos V suprime las encomiendas, prohíbe la herencia consanguínea en los repartimientos, manda pagar jornal a los indios por su trabajo y condena el trabajo personal obligatorio en las minas y en las pesquerías de perlas. Hasta 1680, las Audiencias tienen el encargo de vigilar el buen trato de los indios y solucionar sus pleitos y negocios. La Recopilación de 1680 instituye “los Protectores de los Indios” para ayudarlos en sus litigios civiles y criminales, que no llegan a ser efectivos, y no impiden los abusos que se comenten contra los mismos. Pronto se producen rebeliones indígenas antes que declarase la independencia nacional.¹⁴

13 Ibidem

14 Vega, Juan José. La Emancipación frente al Indio Peruano. La legislación indiana del Perú en la iniciación de la República: 1821-1830. Tesis Universitaria. UNMSM. Lima-Perú. 1958. p. 53.

1.2. Los indígenas en la emancipación y la República

La vida republicana debió haberse iniciado con un programa de reivindicación india, puesto que el indígena había sido la principal víctima de la opresión colonial. Los grandes jefes indios (Túpac Amaru y Pumakawa) había, además, cuando sus insurrecciones, llamado a sus filas a blancos y mestizos (a diferencia de los criollos que jamás apelaron a las masas quechuas). Es bien sabido que a estos llamamientos de los líderes indígenas se les respondió no sólo con la indiferencia sino con una abierta colaboración con la autoridad virreynal. Un futuro presidente del Perú ganó sus galones combatiendo en 1814 a Pumakawa: Agustín Gamarra. No faltaron, empero, adhesiones de blancos y mestizos a esos movimientos, pero encajan más dentro de un admirable romanticismo libertario o del maquiavelismo criollo. Por todo ello, había una inmensa deuda moral hacia el indígena peruano. Pero las pocas promesas quedaron incumplidas. Asambleas y Generales, si bien prodigaron leyes de corte indigenista durante la iniciación de la República, mantuvieron en cambio intacto el poder feudal de las antiguas familias hispánicas. De ahí la babel jurídica que se produce en aquella anárquica época.¹⁵

Durante los primeros años, se concedió igualdad legal a los indígenas, inspirados en los principios liberales europeos y norteamericanos. José de San Martín suprimió el tributo y prohibió que se usara el término “indio” o “natural”, y ordenó que en adelante solo fueran conocidos los indígenas como peruanos. Luego, también, 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, dispone el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecer el tributo indígena. Poco tiempo después, el tributo que pagaban fue restituido, pero esta vez ya no poseían tierras. Los indígenas accedieron a la independencia política pero no a la independencia económica, y terminaron por someterse a los terratenientes dueños de enormes minifundios que subsistieron hasta la década de los sesenta del siglo XX. Bajo el influjo del Código Civil de 1852 se produjeron grandes despojos

15 Aroca. *Ibidem*. p. 182

de tierras que afectaron gravemente a los indígenas y a sus comunidades. La República no significó mejores condiciones de vida para los indígenas.¹⁶

Luego, el despojo de los indígenas se volvió una práctica cotidiana que los agresores justificaban como deber civilizatorio. La consecuencia fueron las sublevaciones, aunque ya no como empresas de largo aliento, similares a la de Juan Santos Atahualpa, sino como acciones aisladas y esporádicas mediante las cuales los indígenas expresaron su rechazo al sometimiento y a la invasión de sus territorios. Ortiz cita noticias del diario *El Comercio* en 1862 y 1864 sobre ataques de indígenas a haciendas de Chanchamayo. Las expediciones punitivas también fueron frecuentes. En el caso de los Asháninka, éstas buscaban además destruir las herrerías que ellos manejaban y que habían sido introducidas por los franciscanos desde el siglo XVIII. De esta manera querían impedir que siguiesen autoabasteciéndose de herramientas de hierro y obligarlos a depender del mercado. Otras veces eran los propios indígenas quienes las destruían al huir.¹⁷

26

Si bien Efraín Kristal ha caracterizado, la década de 1860 como fundamental para el indigenismo peruano, Carmen McEvoy, advierte que el deseo mostrado por los indios alzados en armas en Puno de integrarse en condiciones de igualdad a la “comunidad nacional”, junto con el intento, por parte de los focos republicanos urbanos, de tender un puente entre Lima y las provincias del interior. (...) La discusión en torno a la cuestión indígena en la esfera pública limeña y la lucha que le sucedió, en 1867, en las alturas puneñas muestran un panorama político muy complejo. Recordemos que la rebelión de Huancaané estuvo conectada a una situación concreta inmediata, la revolución comercial provocada por la exportación de la lana, y a un debate ideológico fundamental, la incorporación del indio al seno de la república. En medio de estas dos variables, y teniendo como telón de fondo un conflicto internacional con España y el recrudecimiento de la guerra civil entre sectores liberales y

16 Ibidem. p. 182-3

17 Chirif, Alberto. En: Valcárcel, Carlos. *El Proceso del Putumayo y sus secretos inauditos*. CETA. Iquitos- Perú. 2004. p. 25

conservadores, se desarrolló la dinámica de fuerzas materiales y mentales que actuaron conjuntamente durante el estallido rebelde.¹⁸

El análisis sobre lo nocivo que resultaba la independencia económica de los indígenas para fines de expansión civilizatoria, ya había sido hecho 30 años antes por el viajero alemán Eduard Poeppig, quien expuso sus argumentos: “La noción de la propiedad y la creación de necesidades que no pueda satisfacerse por propio esfuerzo constituyen las palancas más eficaces para acostumar incluso al indio más salvaje a adoptar gradualmente las formas elementales de la civilización. Cuando haya aprendido a apreciar las baratijas y comprendido luego la utilidad de las herramientas de calidad se habrá conseguido la segunda victoria; pues el amor propio, el estímulo más poderosos para la mayoría de los actos humanos, ha levantado entre él y el peligro de recaer en el salvajismo animal una barrera casi infranqueable, y los nuevos hábitos por un lado y el olvido de las prácticas primitivas por otro, retienen ciertamente también a los más inquietos en el ámbito de la civilización.”¹⁹

La creación de necesidades al indígena es también una estrategia mencionada tiempo después por el empresario cauchero Arana: Uno de los factores esenciales de nuestros negocios del Putumayo son los indios, que lenta, pero humanamente vamos convirtiendo a la civilización creándoles necesidades y estimulándolos al trabajo. El despojo de los indígenas se volvió una práctica cotidiana, que luego se agravaría a consecuencia del mayor afianzamiento de las políticas nacionales en la región. A finales del siglo XIX, por ejemplo, el Estado entregaría medio millón de hectáreas a una empresa inglesa, tenedora de bonos de una deuda que había contraído a causa de la Guerra del Pacífico. La entrega incluyó asentamientos ashninkas y yaneshas, cuyas fuerzas se encontraban bastante debilitadas a casusa de los años de pacificación. La invasión sobre territorios indígenas aumentaría en los años siguientes por el desborde de colonos andinos en búsqueda de tierra, que la mayoría de

18 McEvoy Carmen. No hay república sin indios: Juan Bustamante y su proyecto integrador. En: McEvoy Carmen. En pos de la República. Ensayos de historia e intelectual. IEP. Lima Perú. 2019, p.230-231

19 Chirif, Alberto. Ibidem. p. 25-26

las veces se trasladaban por su cuenta y otros eran llevados por programas estatales de colonización.²⁰

En el caso de los indígenas amazónicos, la Ley N° 1220 estableció que las tierras de los nativos fueran automáticamente incorporadas como las tierras de dominio del Estado, porque no habían sido legítimamente adquiridos 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 ser viviente que había en ellas: plantas, animales y personas (los propios indígenas). En efecto, el 31 de noviembre de 1909 se promulgó la Ley 1220, llamada “Ley de Terrenos de Montaña”, que derogó a la Primera Ley Orgánica de Tierra de Montaña del 21 de diciembre de 1898, definió su espacio de aplicación sobre aquellas tierras que llamaba “la región de los bosques”: La Amazonía. Estableció como modalidades de adquisición de la tierra: la venta, el denuncia, la adjudicación gratuita y la concesión.²¹

Gonzales Prada hacia fines del siglo XIX decía que “el verdadero tirano de la mas, el que se vale de unos indios para esquilmar y oprimir a los otros es el encastado, comprendiéndose en esta palabra tanto al cholo de la sierra o mestizo como al mulato y al zambo de la costa. En el Perú vemos una superposición étnica: excluyendo a los europeos y al cortísimo número de blancos nacionales o criollos, la población se divide en dos fracciones muy desiguales por la cantidad, los encastados o dominadores y los indígenas o dominados. Cien a doscientos mil individuos se han sobrepuesto a tres millones.”²² Y agrega: “Existe una alianza ofensiva y defensiva, un cambio de servicios entre los dominadores de la capital y los de provincia: si el gamonal de la sierra sirve de agente político al señorón de Lima, el señorón de Lima defiende al gamonal cuando abuso bárbaramente del indio. Pocos grupos sociales han cometido tantas iniquidades ni aparecen con rasgos tan negros como los españoles y

20 Chirif, Alberto. Ibidem. p. 26

21 Ibidem. P. 183

22 Gonzales Prada, Manuel. Horas de Lucha. Editora y Distribuidora Lima. Lima-Perú. 1900. p.294

encastados en el Perú. Las revoluciones, los despilfarros y las bancarrotas parecen nada ante la codicia glacial de los encastados para sacar el jugo a la carne humana. Muy poco les ha importado el dolor y la muerte de sus semejantes, cuando ese dolor y esa muerte les ha rendido unos cuantos soles de ganancias. Ellos diezmaron al indio con los repartimientos y las mitas: ellos importaron al negro para hacerle gemir bajo el látigo de los caporales; ellos devoraron al chino, dándole un puñado de arroz por diez y hasta por quince horas de trabajo; ellos extrajeron de sus islas al canaca para dejarle morir de nostalgia en los galpones de las haciendas; ellos pretenden introducir hoy al japones.”²³

A principios del siglo XX con la explotación del caucho en la selva peruana se registran levantamientos de pueblos amazónicos contra empresarios caucheros explotadores y tratantes, en palabras de Fernando Santos: “El levantamiento de 1915 no fue un hecho aislado y autosuficiente, tal como fue descrito por la mayor parte de los relatos periodísticos de la época. Fue, más bien, la última de una serie de acciones asháninkas que habían comenzado tres años antes, en septiembre de 1912, con la huida masiva de peones de los puestos caucheros de los ríos Pichis y Pachitea, y con dos asesinatos aparentemente inconexos, el del joven patrón cauchero Carlos J. Corpancho, en el Alto Pichis, y el del tratante de esclavos austriaco Óscar Sedlmayer, en el valle del Pangoa, en el Bajo Perené. Luego de estos eventos, un año después, se perpetraron los ataques a los colonos de Pangoa y una serie de asaltos a los tambos y campamentos viales ubicados a lo largo de la vía central del Pichis. A primera vista, los asesinatos por venganza, los ataques a asentamientos colonos y misiones, el robo de mercancías y armas, y la destrucción de propiedad pública parecían ser eventos inconexos dispersos tanto en el tiempo como el espacio. Sin embargo, este no fue el caso. Si bien el movimiento asháninka de 1912-1914 no parece haber estado tan centralizado ni tan bien coordinado como el levantamiento multiétnico de Alto Ucayali que lo siguió, estuvo sin duda alguna inspirado por expectativas político-religiosas similares y respondía a líneas de acciones comunes. Como tal, las hostilidades de

23 Ob. Cit. p.295

1912-1914 podría ser caracterizadas como una prueba o fase de preparatoria del conflicto que permitió al jefe José Tasorensi y sus aliados adquirir las habilidades necesarias en relación con la propaganda política, la movilización social y la estrategia militar para embarcarse en una confrontación mucho más grande contra los blancos y su mundo.”²⁴

1.3. El Constitucionalismo Social y los Derechos Indígenas

La Constitución de Weimar de 1919, junto a la Constitución de México sancionada dos años antes, dieron origen al constitucionalismo social, que estableció el Estado de Bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores. Recordemos que en el marco del Tratado de Versalles (ver Sección XIII) se crea la OIT (1919) sobre la base la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores que había sido fundada en Basilea en 1901. La OIT se organizó desde un principio con un gobierno tripartito, integrado por representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores.

La Constitución de Weimar ha sido destacada también por haber creado un Tribunal de Justicia Constitucional²⁵ su espíritu pionero en la protección constitucional de la naturaleza y el paisaje²⁶, la libertad económica²⁷, la distribución social del uso del suelo²⁸, el dominio del Estado sobre las riquezas del subsuelo y el uso de las fuentes de energía²⁹, el concepto de convertir en propiedad colectiva las empresas privadas para la socialización³⁰ y economía planificada desde el Estado (intervencionismo).³¹ También se protegió la libertad de sindicación y mejora de las condiciones de trabajo³², se consagró un

24 Santos Granero, Fernando. Esclavitud y utopía. Las guerras y sueños de un transformador del mundo ashaninka. IEP. Lima-Perú. 2020.107-108

25 Artículo 108° de la Constitución de Weimar

26 Artículo 150° de la Constitución de Weimar

27 Artículo 151° de la Constitución de Weimar

28 Artículo 155° de la Constitución de Weimar

29 Artículo 155° de la Constitución de Weimar

30 Artículo 156° de la Constitución de Weimar

31 Artículo 156° de la Constitución de Weimar

32 Artículo 159° de la Constitución de Weimar

sistema de seguro social y salud para los trabajadores, que incluía protección de la maternidad y previsiones de la vejez.³³

La Constitución de México de 1914, establece que: “la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación (...).”³⁴ La finalidad de la norma era promover la reforma agraria y superar el latifundismo imperante en el México de principios de siglo XX. Sin embargo, la importancia de este documento constitucional son los aportes que realiza al derecho del trabajo y la previsión social tales como la jornada máxima de ocho horas,³⁵ el salario mínimo vital,³⁶ el derecho del trabajador a la participación en las utilidades de la empresa,³⁷ la inembargabilidad del salario mínimo;³⁸ el pago del salario en moneda de curso legal y no en mercancías, vales o fichas;³⁹ el pago de las horas extras;⁴⁰ se hace responsable a los empresarios por los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, incluso en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario⁴¹; se consagra el derecho a la huelga; se protege al trabajador del despido arbitrario⁴²; se contempla los actos de hostilización como la falta de

33 Artículo 161º de la Constitución de Weimar

34 Artículo 27º de la Constitución de México de 1914 (Texto Original).

35 Artículo 123º, Sección I, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original).

36 Artículo 123º, Sección VI, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original).

37 Artículo 123º, Sección VI, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original).

38 Artículo 123º, Sección VIII, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original).

39 Artículo 123º, Sección X, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

40 Artículo 123º, Sección XI, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

41 Artículo 123º, Sección XIV, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

42 Artículo 123º, Sección XXII, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

probidad o maltratos del patrono o sus parientes⁴³; se reconoce la preferencia de los créditos laborales⁴⁴, y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.⁴⁵

Más adelante en el Perú se regula el salario mínimo que deben percibir los indígenas que trabajan en la sierra, mediante Ley N° 2285 del 16 de octubre de 1916.⁴⁶ La mencionada Ley reglamentó el trabajo de los indígenas, prescribiendo la obligación de los patronos de pagar a los jornaleros en dinero en efectivo, lo mismo que la prohibición de obligar a éstos a residir contra su voluntad en un lugar y el reconocimiento de su derecho para abandonar el trabajo en caso de no recibir paga.⁴⁷

En 1918, Bustamante Cisneros, escribía: “Nadie desconoce cómo no obstante las leyes y decretos abolicionistas las comunidades de indígenas subsisten de hecho en Perú. Vano ha sido el intento de dar a la propiedad indígena la forma individual, capacitando al poseedor de cada lote para poner en práctica el ejercicio del pleno dominio que sobre él se le reconoce, ya que como vemos, realmente, la propiedad indígena sigue despojada de todos los atributos inherentes a la propiedad privada con daño evidente para la economía nacional. Las Comunidades indígenas, tal cual hoy existen establecidas en el territorio del Perú, responden en sus lineamientos generales a una organización idéntica. En casi todas ellas se observa el principio de reparto periódico de las tierras de cultivo en extensiones que armonizan con las necesidades de los individuos que las forman, distribución que no está regida por normas determinadas de derecho alguno, sino basada, únicamente, en la tradición, la costumbre y la buena fe.”⁴⁸

43 Artículo 123°, Sección XXII, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

44 Artículo 123°, Sección XXIII, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

45 A Artículo 123°, Sección XXVII, de la Constitución de México de 1914 (Texto Original)

46 Basadre, Jorge. La Historia de la República. Tomo IX. Editorial Universitaria. Lima, 1983.p. 196

47 Basadre, Jorge. OB. CIT. P. 206

²⁷⁶ Basadre, Jorge. OB. CIT. P. 195

48 Bustamante Cisneros, Ricardo. Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú. Tesis para optar el grado de Bachiller en la Facultad de Jurisprudencia de la UNMSM. Lima- Perú. 1918. p.59.

²⁷⁶ Basadre, Jorge. Ob. Cit. P. 195

1.4. La Constitución de 1920 y el reconocimiento de las Comunidades Indígenas

La Constitución de 1920 es influida por la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar, como se observa en el acápite de Garantías Sociales conforme da cuenta Basadre.⁴⁹ En ella se protege la propiedad, a la raza indígena y se reconoce constitucionalmente por primera vez la existencia legal de las comunidades indígenas, se consagra el derecho laboral y previsional, se prohíbe los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales, se promueve la educación escolar, se promueve un sistema de salud público, entre otros tópicos.⁵⁰ Formalmente, la Carta de 1920 quiso agregar a un pronunciado liberalismo político, postulados correspondientes a una concepción social de Estado; aunque dichos preceptos no alteraron las bases tradicionales de la realidad nacional.⁵¹

Efectivamente, la mayoría de postulados constitucionales llevados a plebiscito fueron en esencia respetados, sin embargo, el reconocimiento legal de las comunidades indígenas fue una de las novedades más resaltantes por sus implicancias en el futuro inmediato del Perú. Recordemos que después de la Ley de 23 de marzo de 1828 no hubo otra norma legal sobre las tierras indígenas hasta el Código Civil promulgado en 1851, no obstante, la comunidad fue reconocida en el decreto de Castilla de 6 de agosto de 1846. El Código no se refirió al régimen de la posesión comunal de tierras, ni siquiera tuvo una palabra para el indio y propugnó la libre enajenación de toda clase de propiedades. Felizmente, la resolución legislativa del 11 de octubre de 1893 aclaró que los indígenas eran legítimos propietarios de los terrenos por ellos poseídos disipó cualquier duda. Más adelante, el Código de Aguas reconoció la existencia de las comunidades indígenas, lo mismo que la ley de caminos del 3 de noviembre de 1916.⁵²

49 Basadre, Jorge. Ob. Cit.. P. 244

50 Basadre, Jorge. Ob. Cit. P. 245

51 Basadre, Jorge. Ob. Cit. P. 246

52 Basadre, Jorge. Ob. Cit. P. 246

El texto original sobre Comunidades Indígenas en la Constitución de 1920, decía: “La nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley, respetando su índole y modalidades, declarará los derechos de dichas comunidades.” Muchos parlamentarios avisados se percataron que la protección solamente de la propiedad indígena era muy limitada, por eso Carlos A. Calle, diputado por Sandia, señaló: “los goces de posesión que tienen los indios son justamente los derechos que van a ser objeto de la ley.”

A ello, siguió, Pedro José Rada y Gamio, diputado por Arequipa, pidió que se proclamara el amparo a la posesión y la propiedad de los indígenas respecto de sus tierras. Finalmente, el texto que quedó fue el siguiente: “Artículo 58°.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.” En tanto que el artículo 41° decía: “Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.” Basadre da cuenta que esta conquista social es una obra colectiva después de la aparición de diversos estudios al respecto.

Leguía creó la Sección de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas y encomendó su dirección a un destacado indigenista, Hildebrando Castro Pozo. Leguía estableció el “Día del Indio”, enarboló símbolos de autoridad indígena e incluso se autodenomino Viracocha y pronunció discursos en quechua (idioma que desconocía).⁵³ Cotler ironiza al respecto: “en 1922 se prohibió, por enésima vez, el trabajo indígena gratuito y obligatorio, tradicionalmente requerido por las autoridades locales.” Agrega el mismo autor, que, a fin de resolver el problema social existente en la sierra sur, donde seguían sucediéndose los levantamientos campesinos contra el neofeudalismo, se nombró una comisión investigadora.⁵⁴

53 Cotler, Julio. Clases, Estado y nación en el Perú. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978. P. 181

54 Cotler, Julio. Ob.Cit. P. 182

Manifiesta Cotler que en “términos generales, el gobierno de Leguía, en especial en sus primeros años, se valió de esta actividad pro indígena para ganarse la adhesión de los nuevos sectores radicalizados de las clases medias. Esta actividad gubernamental sirvió para que se estimulara el movimiento indígena interesado en revalorar, de manera paternalista, a la población indígena. Simultáneamente, se sirvió de esa legislación para atacar a la clientela latifundista del Partido Civil, favoreciendo una sorda guerra entre medianos propietarios rurales y oligarquías señoriales, en especial con las que no se adhirieron a su régimen. Con tal fin nombró como autoridades municipales y políticas a individuos de dichos estratos, capaces de instrumentar una política en contra de los grandes propietarios.”

Recordemos que bajo los auspicios oficiales se reunió en 1921 un Congreso Indígena al que concurrieron delegaciones de varios grupos de comunidades. Allí nació el Comité “Pro Derecho Indígena Tahuantisuyo”, en los congresos siguientes, no faltaron los discursos con acusaciones contra las autoridades, los gamonales y la ley de conscripción vial. Ante ello, el Congreso de 1923 aprobó votos que fueron considerados subversivos referentes a la separación de la Iglesia y el Estado, derogación de la mencionada ley y otros. Finalmente, en 1927, el Gobierno declaró disuelto el Comité “Pro Derecho Indígena Tahuantisuyo” para lo cual adujo que sus dirigentes eran unos explotadores de la raza cuya defensa se atribuían, a pesar de la adhesión que habían manifestado a la política oficial.⁵⁵

En mayo de 1922 fue erigido, por Decreto, el Patronato de la Raza Indígena, institución oficial presidida por el arzobispo de Lima. Debía estar constituido por una junta central en Lima, por juntas departamentales y provinciales en las capitales de cada una de estas circunscripciones y por delegaciones unipersonales en los distritos. El cargo de miembro de cualquiera de estos organismos era incompatible con el ejercicio de la autoridad política o judicial. Basadre da cuenta que este mecanismo fue inútil e ineficaz para corregir las circunstancias adversas de la población indígena.

55 Basadre, Jorge. Ob. Cit.. P. 247

Un aspecto importante de la vida social y política fueron los movimientos campesinos desatados en algunas regiones del Sur del país. En el departamento de Puno, los años de bonanza de las lanas habían provocado, no tanto una “usurpación de tierras” de las comunidades por parte de las haciendas, sino más bien un proceso de privatización de pastos que antiguamente habían sido considerados comunes o de libre acceso. Lo que ciertamente fue considerado por las comunidades como una usurpación, ya que, ellos consideraban que los pastos como el agua o los bosques, debían ser recursos de libre acceso para la población. En este escenario las asociaciones pro indígenas como el Patronato de la Raza Indígena alentaron los reclamos campesinos, que eventualmente desembocaron en rebeliones como las de Huancané (1923)- en la que destacó el líder Ezequiel Urviola-, La Mar (en Ayacucho, 1923) y Parcona (Ica, 1924).

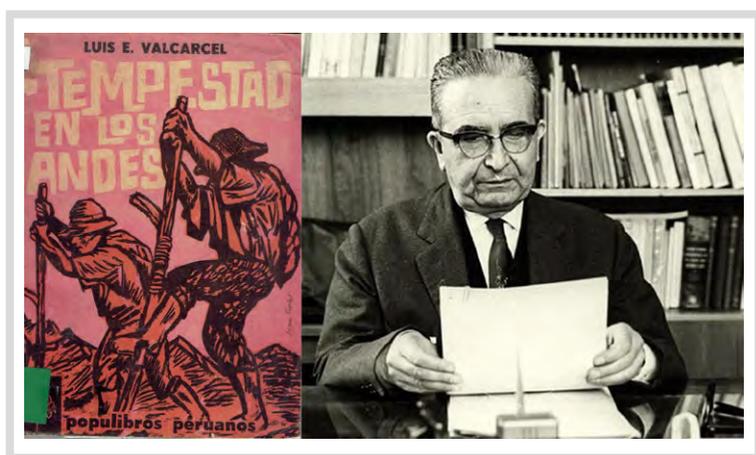
En el caso de la Rebelión de La Mar, el detonante fueron los abusos cometidos en la aplicación de la Ley de Conscripción Vial, usada por los hacendados lugareños para hacerse construir caminos para beneficio particular. La de Parcona fue insurrección de yanaconas afiliadas a la Federación de Campesinos del Valle de Ica, cuyas condiciones laborales en la zona, a raíz de la migración desde el vecino departamento de Huancavelica, y el derrumbe del precio del algodón. La ocupación de haciendas y el asedio a las ciudades de los mistis fueron formas de lucha de estos movimientos, cuya represión por la gendarmería terminó, sobre todo en el caso de Huancané y La Mar, con decenas de campesinos muertos.⁵⁶ Recordemos que las comunidades indígenas habían sido desconocidas por Simón Bolívar poco después de la independencia, permaneciendo en un limbo jurídico secular que impedía litigar como persona jurídica en la defensa de sus recursos.⁵⁷

El campesinado peruano entre 1919-1930 estaba negado a una educación mínima, de ahí que Kapsoli-Reátegui aseveran: “la educación estaba destinada a los pobladores de las zonas urbanas y no así a las masas campesinas, y que cuando estos trataron de plasmar sus propias iniciativas al respecto, fueron

56 Contreras, Carlos- Marcos Cueto. Historia del Perú Contemporáneo. Institutos de Estudios Peruanos. Lima-Perú. 2007. P. 244

57 Ibidem.

perseguidos sus profesores y destruidos sus locales escolares, en claro propósito de mantener un estatus quo que garantizaba, a quienes detentaban el poder, la perpetuación del dominio sobre una masa campesina a quien se reputaba apta para el trabajo, pero interesadamente se les negaba la cultura.” Las políticas estatales sobre las zonas de mayor presencia indígena como las de Sur, si bien mejoraron en las últimas décadas, siguen siendo deficientes e incluso discriminatorias- de ahí su continua oposición a los gobiernos de turno-.



Portada de “Tempestad en los Andes” de Luis E. Valcarcel

Recordemos lo que Luis E. Valcarcel en 1927, en su celebre **“Tempestad en los Andes”**, decía: “Sucios, malolientes provincianos, al diablo. Esos cuatro millones de hombres no son ciudadanos, están fuera del Estado, no pertenecen a la sociedad peruana. Viven desparramados en el campo, en sus antiquísimos ayllus. De ahí los extrae violentamente la ley para que cumplan sus preceptos severamente, en el servicio militar obligatorio, en el servicio vial obligatorio, en el servicio escolar obligatorio, en todos los servicios obligatorios fijados por la legislación y la costumbre. Para el campesino indio toda relación con el Estado y la sociedad se resuelve en obligaciones. El campesino indio carece de derechos. Sin embargo, ante la Constitución y los Códigos es jurídicamente igual a sus opresores. En distintas épocas se han fundado vastas asociaciones

para protegerlo. Mucha filantropía se ha gastado siempre para el campesino de nuestras sierras. El campesino indio es un infeliz, un incapaz, un menor: precisa ampararlo, urge hacer legal la tutoría del blanco y del mestizo sobre él. Cómo se han emocionado los filántropos con el sufrimiento del indio. Sí, había que extenderles la mano protectora.”⁵⁸ Efectivamente, la discriminación, el racismo y la desposesión de sus tierras eran moneda corriente en la sociedad peruana que solo simbólicamente le reconocía derechos a los pueblos indígenas pero en la práctica se seguía aprovechando de su trabajo gratuito y sus tierras ancestrales sumiéndolos en la pobreza y la necesidad por largas décadas, lo que era apenas disimulado por el asistencialismo social.

1.5. La Ley de Conscripción vial de 1920

La Ley de Conscripción Vial de 1920, explica Cotler, obligó a todos los hombres de 18 a 60 años estaban obligados a trabajar gratuitamente doce días al año en la construcción de carreteras. Quienes querían eximirse de la obligación manual debían pagar la suma de diez soles. En realidad, esto significó que la población campesina quedaba obligada legalmente a prestar su trabajo de manera gratuita en la construcción de carreteras. De allí que esta disposición viniera a constituir una verdadera reanudación de la mita colonial, puesto que los hacendados y autoridades contaban con el poder legal para obligar a la población campesina a constituir las vías de comunicación que facilitarían la salida de los productos que monopolizaban.⁵⁹ En la práctica, sostiene Contreras-Matos, el plazo de trabajo anual obligatorio se extendió por mucho más, llegando a convertirse en una obligación de cada domingo, y una de las quejas de los campesinos es que se les obligaba a realizar trabajos viales en lugares ubicados a más de cincuenta kilómetros, sin que se les abonará por el viaje, que debían hacer a pie o en burro.

Esta ley, sostiene Mario Meza, fue atacada por los indigenistas que la consideraron una “mita republicana”. El Estado, además de proveer de materiales

58 Valcarcel Luis E. *Tempestad en los Andes. Populibros peruanos.* Lima-Perú.1963.p.29-30

59 Cotler, Julio. *Ob.Cit.* p. 182-3 ²⁹³ Contreras, Carlos- Marcos Cueto. *Historia del Perú Contemporáneo.* Institutos de Estudios Peruanos. Lima Perú. 2007. p. 238

explosivos y herramientas de trabajo, repartía coca y aguardiente, con lo que, en efecto, parecía memorarse “las mingas” o faenas comunales andinas. Otros adujeron que la ley representaba la reposición del tributo indígena, abolido en 1854, o la de la contribución del jornal, abolido en 1895.⁶⁰ Asimismo, como resultó una tarea difícil reclutar a los conscriptos, las autoridades e ingenieros viales debieron valerse del apoyo de la gendarmería y la Guardia Civil (creada en 1923), y terminaron cometiendo abusos para proveerse de trabajadores. A pesar de los ataques a la ley, esta perduró durante todo el Oncenio. Generalmente la historiografía ha denunciado la naturaleza discriminatoria y explotativa de la ley y ha pasado a formar parte de la lista de hechos oprobiosos de la república.⁶¹

Por otra parte, el trabajo de Flores Galindo y Burga, nos muestra una paradoja: por un lado, un país y un Estado que se integra al mundo económico y comercial, que se siente moderno; y por otro, una sociedad y una población indígena agobiada por la servidumbre y el trabajo gratuito. Un país que articula servidumbre con modernidad.⁶²

Tenían la obligación de trabajar 180 días para la hacienda: una semana para la hacienda y la siguiente para la parcela propia. En el caso de las haciendas de puna no había esta división espacial y cronológica del trabajo necesario (en el mañay) y del trabajo suplementario (en tierras de la hacienda). En estas los colonos, dedicados preferentemente al pastoreo, recibían un “cargo” (una cantidad de ganado de la hacienda) que lo conducían todo el año junto con su propio ganado. Esto mismo sucede en la sierra central y en Ancash. Las obligaciones de trabajo eran diversas. Se distribuían a lo largo de todo el año y las cumplían el colono y toda la familia campesina.”⁶³ En ese sentido, concluye Flores y Burga que: “podríamos indicar que la hacienda andina, tal como la hemos descrito, se mantuvo vigente en las regiones serranas durante todo

60 Ibidem

61 Ibidem

62 Castro, Augusto. El Desafío de las diferencias, Reflexiones sobre el Estado Moderno en el Perú. CEP-IBC. Lima- Perú. 2008.p. 229

63 Castro, Augusto. El Desafío de las diferencias, Reflexiones sobre el Estado Moderno en el Perú. CEP-IBC. Lima- Perú. 2008.P 230

el período (1895-1932): en la tierra norte es puesta al servicio de la hacienda costeña (enganche), en la sierra central es afectada por un enorme proceso de modernización y expansión y en la sierra sur se mantiene casi intacta y sin modificaciones sustanciales.”

Conviene recordar que “uno de los factores que mayor popularidad le dio al General Sánchez Cerro, fue el haber enarbolado como bandera, desde el inicio de su ‘revolución’, la abolición de la ley vial. Cuando cumplió su promesa, muchos campesinos vieron en él ‘su verdadero libertador’. Pero Sánchez Cerro, estaba lejos de esa consideración y para demostrar esto, bástenos señalar que, a pocos días de tomado el poder, mandó masacrar, con las tropas de la Guardia Republicana, a los trabajadores mineros de Mal Paso (noviembre de 1930).”

Moisés Sáenz dice que “a raíz de la revolución de 1930, que trajo como consecuencia la caída del presidente Leguía, la población se fue en masa sobre los registros de las contribuciones en Huancayo y los destruyó. En la actualidad las contribuciones se cobran según las acotaciones de 1912. El mal y abuso señalado en la Punta, sobre irregularidad en el cobro de los impuestos y las excepciones que muchas veces se establecen en contra del indio y a favor de los terratenientes, en general, según se desprende de todas las referencias de la literatura social indigenista.”⁶⁴

1.6. El Código Penal de 1924 y su tratamiento de los indígenas

En 1924, se promulgó el Código Penal, que estableció normas especiales de protección de los indígenas de las comunidades de la sierra, contemplando el delito de sometimiento a servidumbre y señaló que, tratándose de delitos perpetrados contra indígenas, se aplicasen dispositivos legales que los eximían de las penas o aplicaban atenuantes con base en la diferenciación racial, étnica, y cultural: “salvajes” o “semi-civilizados”. Así, se estableció que tratándose de delitos perpetrados por “salvajes”, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no

64 Sáenz Moisés. Sobre el Indio Peruano y su incorporación al medio nacional. Publicaciones de la Secretaría de Educación Pública. México. 1933. p.199

excederá de veinte (20) años; y que tratándose de delitos perpetrados por “indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y al alcoholismo,” los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos.⁶⁵

Atilio Svirichi por eso dice: “el indígena peruano necesita alcanzar su re-dención social, sin llegar a métodos catastróficos de la violencia; necesita conseguir su liberación económica, ejercitando su derecho vital a la tierra y el rendimiento de sus esfuerzo cotidiano, como productor; y por último, debe ser incorporado a la vida jurídica del Estado, para cimentar, una vez por todas, sus derechos económicos y sociales dentro de la igualdad ante la ley que es la característica de los Estados democráticos, donde la libre determinación, hace que los hombres y los pueblos, convivan con el máximo de garantías y con el máximo de felicidad colectiva.”⁶⁶

1.7. El Problema del Indio en “Los 7 Ensayos de la Realidad Peruana” de José Carlos Mariátegui (1928)

José Carlos Mariátegui, en su icónica obra, “**Los 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana**”, advierte del racismo y exclusión que azotan a los pueblos indígenas, en sus palabras: “El carácter individualista de la legislación de la República ha favorecido, incuestionablemente la absorción de la propiedad indígena por el latifundismo. La situación del indio, a este respecto, estaba contemplada con mayor realismo por la legislación española. Pero la reforma jurídica no tiene más valor práctico que la reforma administrativa, frente a un feudalismo intacto en su estructura económica. La apropiación de la mayor parte de la propiedad comunal e individual indígena está ya cumplida. La experiencia de todos los países que han salido de su evo-feudal, nos demuestra, por otra parte, que sin disolución del feudo no ha podido funcionar, en ninguna parte, un derecho liberal. La suposición de que el problema indígena es un problema étnico, se nutre del más envejecido repertorio de ideas imperialistas. El concepto de razas inferiores sirvió al occidente blanco

65 Svirichi, Atilio. Derecho Indígena Peruano. Ediciones Kuntur. Lima, Perú. 1946. p.48

66 Aroca Medina, Javier. Ibidem.p . 184

para su obra de expansión y conquista- Esperar la emancipación indígena de un activo cruzamiento de la raza aborigen con inmigrantes blancos, es una ingenuidad antisociológica, concebible sólo en la mente rudimentaria de un importador de carneros merinos. Los pueblos asiáticos, a los cuales no es inferior en un ápice el pueblo indio, han asimilado admirablemente la cultura occidental, en lo que tiene de más dinámico y creador, sin transfusiones de sangre europea. La degeneración del indio peruano es una barata invención de los leguleyos de mesa feudal.”⁶⁷

Probablemente esta sea una de las mejores explicaciones sobre el origen del racismo y discriminación contra los pueblos indígenas amazónicos y andinos que se hace patente en nuestra clase política que nunca estuvo dispuesta a cederles un terreno dentro del espacio político y la propia estructura del Estado, no es casual que la mayoría de leyes y tratados sobre pueblos indígenas se promuevan en su nombre pero sin su participación, consulta o consentimiento, lo que no resulta irónico, si advertimos que aún la clase política conserva esa sensación de superioridad sobre esta población que es tratada como menores de edad o en el peor de los casos ignorantes razón por la cual nunca han tenido una bancada en el Congreso que lleve su agenda.

Y agrega Mariátegui: “La tendencia a considerar el problema indígena como un problema moral, encarna una concepción liberal, humanitaria, ochocentista, iluminista, que en el orden político de occidente anima y motiva las “ligas de los derechos del hombre”. Las conferencias y sociedades antiesclavistas, que en Europa han denunciado más o menos infructuosamente los crímenes de los colonizadores, nacen de esta tendencia, que ha confiado siempre con exceso en sus llamamientos al sentido moral de la civilización. Gonzales Prada no se encontraba exento de su esperanza cuando escribía que la “condición indígena puede mejorar de dos maneras: o el corazón de los opresores se conduce al extremo de reconocer el derecho de los oprimidos, o el ánimo de los oprimidos adquiere la virilidad suficiente para escarmentar a los opresores.”⁶⁸ Las

67 Mariátegui José Carlos. 7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana. Empresa Editora Amauta. Lima-Perú. 1980. p.40

68 p.40-41

históricas protestas indígenas por sus territorios ancestrales en el contexto de las reformas agrarias en el siglo XX y frente a las actividades extractivas en sus territorios en el siglo XXI, demuestran que tienen la fuerza necesaria para batallar por sus derechos colectivos indígenas y no se van a quedar sentados esperando la buena voluntad de aquellos que les niegan una real ciudadanía.

1.8. La regulación sobre comunidades campesinas y nativas después de 1950

Más tarde, mediante el Decreto Supremo N° 03 del 01 de marzo de 1957, se constituyó el primer intento de La República para tratar de proporcionar garantías a la población indígena sobre tierras que ocupaban y usufrutuaban. Sin embargo, en 17 años que estuvo vigente, se reservaron tierras tan solo para 114 comunidades, es decir, el 11% del total estimado de comunidades y las 148, 000 hectáreas que recibieron en conjunto solo representaron el 0.20% del total de tierras de la Amazonía. En la práctica, esta norma se limitó a reservar tierras en las zonas próximas a las vías de comunicación, con datos demográficos estimativos y reducidos a la mínima expresión, omitiendo los patrones culturales de la población considerada, produciéndose en muchos casos conflictos por la posesión de la tierra con los colonos.⁶⁹

En 1969, la Ley de reforma agraria, Decreto Ley N° 17716, 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. Sin embargo, es con el Estatuto de Comunidades Campesinas que se legisla sobre la organización interna de estas organizaciones tradicionales. Posteriormente, en 1974, se promulgó el Decreto Ley N° 20653, conocida como Ley de las Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de la Selva y Ceja de Selva. Esta Ley es promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonía, a partir del reconocimiento de las “tribus selvícolas” en comunidades nativas. La Ley reconoció su existencia legal y personería jurídica. El mencionado Decreto Ley No 20653, fue promulgado el 24 de junio de 1974, y acuñó el siguiente concepto: “las comunidades

69 Aroca Medina, Javier. Ibidem.

nativas tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidos por un conjunto de familias vinculados por el idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.” Así, se estableció que las tierras comunales eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, garantizando la integridad territorial, y convirtió a las comunidades nativas en propietarias sobre todas sus tierras, cualquiera que fuera su capacidad de uso: para el cultivo, la ganadería o forestal.⁷⁰

La Ley 20653 declaró la tierra comunal indígena como inalienable, imprescriptible e inembargable. Sin embargo, reconocía derechos sobre la tierra solo a las comunidades nativas, es decir, a los asentamientos locales y no a los pueblos indígenas en tanto pueblos originarios.⁷¹ Es cierto, que las lecciones de la reforma agraria es un tema controvertido, pues muchas personas que se beneficiaron, así como las que resultaron perjudicadas, todavía están activas. Sus críticos subrayan el hecho de que: a) el agro se descapitalizó, b) la agricultura y la ganadería retrocedieron desde el punto de vista técnico, c) no resolvió el problema de extendida pobreza rural, d) hubo falta de coherencia del modelo económico que, por un lado, distribuía las tierras y, por el otro, subsidiaba las importaciones alimentarias que deprimían los precios de los productos que ofrecían esos mismos beneficiarios de la reforma agraria. Por otra parte, se cuentan entre los logros de esta reforma: a) que fue un acto de justicia redistributiva, que permitió el acceso a la tierra a un gran número de pobres rurales, b) desplazó de la sociedad rural a los terratenientes tradicionales, eje del poder gamonal, sustento de un orden semifeudal reaccionario y antimoderno, c) vinculado a lo anterior, dio un golpe definitivo a las relaciones serviles a las que estaban sometidos centenares de miles de campesinos, d) contribuyó a democratizar la sociedad rural, e hizo posible la incorporación de millones de peruanos a la colectividad política y a la condición de ciudadana.⁷²

70 Aroca Medina, Javier. *Ibidem*. p. 185

71 Santos Granero, Fernando y Frederica Barclay: *La frontera domesticada: Historia económica y social de Loreto, 1850-2000*. Lima: PUCP.2002. pp.313-314

72 Centro Peruano de Estudios Sociales- CEPES. *Reforma Agraria y Desarrollo Rural en la Región Andina*. Lima-Perú. 2006. p. 13-14.

El 9 de mayo de 1978, se derogó el Decreto Ley N° 20653, mediante Decreto Ley N° 22175. La nueva Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva mantuvo el mismo concepto legislativo de las comunidades expresado en el Decreto Ley N° 20653; sin embargo, modificó un aspecto importante: al establecer en su artículo 11° que parte del territorio comunal cuando se tratase de tierras con aptitud forestal les sería cedido en uso, no siendo en adelante más otorgado en propiedad, aunque mantuvo el régimen de protección de los territorios indígenas como tierras inalienables, inembargables e imprescriptibles. El problema de estas leyes es que, en realidad, estaban enfocadas en la propiedad de tierras y su uso agrario, forestal o ganadero y no en la identidad étnica y cultural. Se pensó que el asunto era solamente económico, cuando era un tema primero sociocultural y luego económico. El nacimiento de comunidades campesinas y nativas implicó así la aparición de dos nuevos sujetos de derecho que no coincidían con el concepto de pueblo indígena y su organización cultural y social, una clara prueba de ello, es la elección de sus autoridades, la toma de decisiones, y el más emblemático referido a la condición de comunero, que puede perderse por vivir fuera de la comunidad determinado tiempo, a diferencia del status de indígena, que es permanente e irrenunciable.

1.9. La Constitución de 1979 y los derechos indígenas

La Constitución Política de 1920, marca un hito en la historia constitucional de los pueblos indígenas, ya que esta les otorgó a los pueblos indígenas un tratamiento especial, especialmente sobre la protección a sus tierras, aunque con un reconocimiento legal limitado en calidad de “comunidades indígenas”, hasta que con el proceso de la reforma agraria cambió la denominación de “comunidades indígenas” por las actuales Comunidades Campesinas y Nativas, otorgándoles un régimen legal separado a las poblaciones indígenas andinas y amazónicas.

La Constitución de 1933, producto de las revueltas indígenas previas, trajo una mayor protección a los territorios de las comunidades indígenas tales como:

“Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades **es imprescriptible en inenajenable**, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.”

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen.”

46

Sin embargo, ello no cambió la discriminación y exclusión que sufrían las comunidades indígenas como bien lo recuerda José María Arguedas: “La revista Mercurio Peruano considerada como el órgano de expresión del liberalismo y el nacionalismo durante las últimas décadas del virreinato y que cumplió una eficaz y valiente tarea de divulgación ideológica, afirmaba en el año 1972, editorialmente, en una nota crítica a la carta de un lector: “La legislación conoció la cortedad no solo de las ideas sino del espíritu del indio y su genio imbécil y para igualar de algún modo esta cortedad le concedió sabiamente exenciones y protección de que se trata (...)” Unas líneas después expresa la repugnancia biológica que a estos intelectuales precursores de la independencia les producía el pueblo nativo. Lo describen de este modo: “Tiene el cabello grueso, negro, lacio, la frente estrecha y calzada; los ojos pequeños, turbios y mohínos, la nariz ancha y aventada, la barba escasa y lampiña (...) el sudor fétido, por cuyo olor son hallados por los podencos como por el suyo los moros en la costa Granada.”⁷³

73 Arguedas José María. Indios, Mestizos y Señores. Editorial Horizonte. Lima-Perú. 1985. p.11

Charles Kleymeyer confirma esta situación de discriminación y exclusión cuando da cuenta que: “La participación política y la participación en cualquier forma de toma de decisiones por sobre el nivel de la comunidad está limitado básicamente a los criollos. Los quechuas analfabetos hasta hace poco, no podían votar (y, por múltiples factores, su participación en las últimas elecciones fue muy recortada). Por otro lado, sólo en raras oportunidades tienen derecho a protestar o presionar en cualquier otra forma.” Y agrega: “La justicia es aplicada en forma desigual. Los quechuas reciben mayor castigo y menor protección que los criollos; además, tienen mayor probabilidad de ser castigados, arbitrariamente, por la policía, de ser encarcelados, de no tener asistencia legal, de no ser puestos en libertad, y de no tener ni la oportunidad de defenderse en un juicio después de haber sido encarcelados por una supuesta falta. El siguiente hecho revela la gravedad de la discriminación (y no es un caso atípico): En una capital departamental de la Sierra, una fuente confidencial informó haberle preguntado recientemente al Prefecto, si se permitía que los sospechosos detenidos fueran torturados. El Prefecto le respondió: “Depende de quién sea. Si es alguien “decente”, como Ud., por ejemplo, claro que no. Pero si es un indio, está bien.”⁷⁴

Posteriormente, la Constitución de 1979, recoge los principales principios de la Ley de Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesina, y la Ley de Comunidades Nativas, estableciendo que dichas comunidades tenían 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. Sucesivos gobiernos han venido aplicando un complejo y confuso tratamiento político y jurídico a los pueblos indígenas, lo cual genera que sigan los procesos de marginación y exclusión a los Pueblos Indígenas, percibiéndose la negación a sus derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios. Lamentablemente, posteriormente, la Constitución de 1993, recorta la protección de las tierras de las comunidades al eliminar

74 Kleymeyer, Charles. Poder y dependencia entre quechuas y criollos. Dominación y defensa en la sierra sur del Perú. Centro de Investigaciones Socioeconómicas Departamento de Ciencias Humanas Universidad Nacional Agraria. Lima-Perú. 1982. p.145

la inembargabilidad e inalienabilidad de éstas, pero como compensación se quiere introducir como derecho fundamental la identidad étnica y cultural, además de reiterar el reconocimiento al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

El tiempo parece traer de vuelta lo dicho por Don Fermín, el personaje de “Todas las Sangres” de José María Arguedas: “No sé cómo he de hacerlo. Pero el indio debe desaparecer. Es la oscuridad de un pasado extraño. En ellos está metido el Ande con su turbamulta de misterios y con su fuerza. El misterio es lo contrario de la técnica, del progreso. Y si no llegan pronto a la técnica los degollarán. Los traeré a la costa y que los agricultores de la costa vayan a sembrar las tierras de las haciendas y transformen a las comunidades. Que esa masa se disgregue en individuos (...) Hay que dispersarlos, convertirlos en gente de empresa. Que ambicionen y que se maten un poco unos a otros. De allí surgirá el verdadero hombre peruano.”⁷⁵

1.10. El Código Civil de 1984 y los Derechos Indígenas

Luego, el Código Civil de 1984 estableció que las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales estables, de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral y que están reguladas por legislación especial. También estableció que las tierras son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y que se presume es propiedad las tierras poseída de acuerdo con el reconocimiento de la comunidad. Hasta 1993 se mantuvo la legislación especial que protegía los derechos de las comunidades nativas. En 19 años de vigencia de esta normatividad se reconoció y otorgaron títulos de propiedad al 80% de ellas. Los procedimientos de titulación demoraron muchos años, a pesar que la ley establecía un plazo máximo de 6 meses.⁷⁶

75 Cita de Rutgerd Boelens. En: Jan Douwe van der Ploeg. *El Futuro Robado. Tierra, agua y lucha campesina*. IEP. Lima Perú. 2006. p. 11

76 Aroca Medina. *Ibidem*

Asimismo, durante el primer conflicto por la tenencia de la tierra, generalmente provocados por los “colonos”. El gobierno de Alan García se promulgó la Ley General de Comunidades Campesinas, en 1997, que intentó reunir en un solo cuerpo de normas legales los reclamos que se vinieron planteando en tantos años. La Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, y la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades, se ocuparon de los siguientes aspectos centrales: la conceptualización de territorio, tierras que no se consideran de las comunidades, instauración de un procedimiento administrativo para la titulación, instauración de procesos judiciales para proteger los derechos de las comunidades así también se declaró de necesidad nacional el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas, que ocupaban el 68% de la superficie agropecuaria del país.⁷⁷

1.11. La Constitución de 1993 y los Derechos Indígenas

Esta importante señalar que la Constitución de 1993 mantuvo la mayoría de los derechos indígenas que antes fueron reconocidos en la Carta Magna anterior, recortando el más importante sobre las garantías de propiedad territorial, e incluyendo otros derechos que benefician a los pueblos indígenas.

Aroca, señala que los fundamentos indigenistas en la cual Constitución de 1993 son: la aceptación de la diversidad cultural y étnica de la Nación, como elemento favorable en el futuro de la vida del país, el reconocimiento de la validez y del interés nacional en la protección del acervo cultural de los pueblos indígenas, como parte del patrimonio del país y factor importante en el desarrollo de los mismos pueblos indígenas; el derecho de estos pueblos a obtener la titularidad y de hacer uso y aprovechamiento de las tierras que les han pertenecido; la capacidad legal de definir con algún grado de autonomía el manejo de sus propios territorios, para cuyo efecto se reconoce a las comunidades como entidades jurídicas aptas para ejercer derechos y contraer obligaciones útiles, el reconocimiento del carácter oficial a las lenguas indígenas en áreas donde tengan mayoría de hablantes. Sin embargo, la Constitución de 1993, recorta drásticamente el derecho más esencial de las Comunidades:

⁷⁷ Ibidem

su derecho a la tierra, al haberse disuelto el régimen de protección sobre las tierras comunales, ya que nada se dice sobre la inembargabilidad de éstas, y más bien declara que hay autonomía para su libre disposición. Y aunque son imprescriptibles, pueden caer en abandono de acuerdo a previsión legal.⁷⁸

Ello no mejora la realidad social indígena como la Defensoría del Pueblo lo atestigua al enfrentar en 1998 la falta de reconocimiento estatal de las comunidades indígenas y tener que recordarles a los funcionarios del sector agricultura lo siguiente: “la comunidad nativa ha dejado de ser únicamente una realidad de hecho y legal, para pasar a ser “sujeto” de los derechos fundamentales. Los intereses que tienen de protección constitucional bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los derechos de sus miembros como personas individualmente consideradas, sino que también son los derechos de las comunidades mismas, que como tal aparece con singularidad propia. (...) Cuando la Carta Magna protege la pluralidad étnica y cultural, la extiende también a las diferentes formas de vida social cuyas manifestaciones pertenecen a las comunidades nativas como sujetos colectivos autónomos. La diversidad étnica y cultural, y su reconocimiento en el plano constitucional, pasa necesariamente por la personalidad jurídica consustancial a las diferentes comunidades nativas.”⁷⁹

1.12. El Impacto del Convenio 169 de la OIT en el reconocimiento de derechos indígenas

El Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957 fue uno de los más importantes esfuerzos internacional de inicios siglo XX para tratar de proteger a las poblaciones indígenas y sus territorios ancestrales así se señalaba en su artículo 11 que se “deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.” Y el artículo 12. 1 agregaba que “no deberá trasladarse a

78 Ibidem. P. 187-188

79 Adjuntía para los Derechos Humanos. Programa Especial de Comunidades Nativas. Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas. Lima- Perú. 1998. P. 13

las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.” El problema es que tenía una vocación asimilacionista, proceso por el que una persona o grupo se incorpora a otra cultura, adoptando su lengua, valores, normas y cultura va abandonando su propio badaje cultural. Ello se observa con nitidez cuando justifica que por razones económicas o de seguridad nacional se puede expropiar tierras indígenas poniendo en riesgo la subsistencia física y cultural de los pueblos originarios. Además, cuando sostiene que “los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa **menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional** y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.” En otras palabras, se busca llevar “al progreso” a estos pueblos originarios y con ello se desconoce su derecho a la identidad étnica y cultural.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 supera esa visión y promueve el respeto de la pluralidad étnica y cultural reconociendo derechos territoriales, ambientales y políticos dentro de los que destaca la consulta previa y el derecho al beneficio económico de los pueblos indígenas con relación a las actividades de explotación que se realizan en sus territorios ancestrales. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el 2016 terminan de dibujar la constelación de derechos indígenas especialmente el derecho al territorio, el agua y los recursos naturales. El Perú ratifica el Convenio 169 de la OIT más producto de la presión por encumbrarse como un país democrático post autogolpe del presidente Alberto Fujimori que por reales intensiones de respetar los derechos indígenas y ello se haría más evidente cuando las normas de protección a territorios ancestrales se debilitarían y además por desconocer el derecho de la consulta previa durante la última década del siglo XX.

El enfoque de defensa de los derechos indígenas siempre ha partido del derecho a la tierra como bien apunta en 1998, Jorge Santistevan de Noriega, Defensor del Pueblo por entonces, cuando dice: “el concepto de propiedad es un concepto extraño para las comunidades, pero necesario para defender uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la tierra, en donde habitan, cazan, pescan y efectúan algunas actividades agrícolas, todas estas basadas en relaciones de reciprocidad. Se obsequia y se recibe el obsequio en silencio, cuando alguien intenta vender lo que tradicionalmente se entrega con gratitud, es visto como abusivo. (...) Las tierras son importantes para la preservación, la supervivencia y el desarrollo de las comunidades nativas.”⁸⁰ Y esta es la razón por la que toda medida administrativa o legislativa que impacte sobre el derecho al territorio sea objeto de consulta previa especialmente cuando implica impactos socio ambientales.

Ciertamente, como dice Vladimir Pinto en el 2009, “la interpretación sobre el contenido material del derecho a la consulta previa está regida por interés extra jurídicos; particularmente en torno al aprovechamiento de recursos naturales. En aquellos ámbitos en los que no intervienen grandes intereses extractivos (creación de áreas de conservación o biodiversidad) se ha avanzado en reconocer que la consulta es un mecanismo para lograr el consentimiento o el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas. Pero el mismo Estado interpreta de manera mucho más limitada, como mera información, la consulta en torno a actividades mineras o hidrocarburíferas.”⁸¹

En ese contexto, el TC en el célebre caso de Cordillera Escalera, STC N° 03343-2007-PA/TC, había desarrollado conceptos fundamentales en el camino del respeto del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sobre la base del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT. Empero, el flagrante incumplimiento del derecho colectivo indígena en cuestión, en los últimos años, sería la causa de los más grandes conflictos indígenas del

80 Adjuntía para los Derechos Humanos. Programa Especial de Comunidades Nativas. Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas. Lima- Perú. 1998. P. 44

81 Red Jurídica para la Defensa de la Amazonia. La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia y Perú. Lima- Perú. 2009. P. 165

siglo XXI cuyas manifestaciones más evidentes fueron las protestas pacíficas y acciones legales para el cumplimiento de la consulta previa en las actividades de hidrocarburos en el año 2007-2018, la presión social efectuada por estas comunidades nativas en el 2009 para que el pleno del Congreso derogue finalmente el Decreto Legislativo N° 1015 que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria, y el Decreto Legislativo N° 1073 que modifica el literal b) del artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas por vulnerar el derecho a la consulta previa en el 2008; lo cual consiguen, y significan por primera vez un reconocimiento público del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, lo que quedó refrendado en el imaginario colectivo con la derogatoria del Decreto Legislativo 1090 que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Compartimos por eso la opinión de Cesar Gamboa que sostiene:

“Mientras la Constitución de 1993 promociona sistemáticamente las inversiones en el país de un modelo economía de mercado, la regulación de los derechos de los pueblos indígenas se realiza de manera poco orgánica y garantista puesto que no reconocen como sujeto colectivo de derecho a los pueblos indígenas como tales, sino que sigue otorgándoles el tratamiento tradicional legal de comunidades campesinas y nativas. Se acentúa además con una regulación meramente agrarista de la propiedad comunal indígena en el artículo VI titulado “Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas”, sin considerar, por tanto, otras formas de relación entre las comunidades y sus tierras como son la caza, la pesca o la recolección de frutos, etc. Tal como sucede en el espacio amazónico, en el cual la forma de aprovechamiento del recurso es diferente a la actividad agrícola y, por tanto, la posesión no es permanente, continua ni constante. Esta Constitución no reconoce la vinculación especial existente entre estos pueblos, la tierra que habitan y los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, al no incluirse en la Constitución ningún artículo que reconozca un

derecho preferencial sobre los recursos que se encuentran en sus tierras-territorios, contrariamente a lo que sucede con las Constituciones de Colombia (1991), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).⁸²

Esta es justamente la gran falencia de nuestra carta magna el desconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas más allá de la actividad agraria como una relación espiritual y cultural fundamental para su subsistencia, bienestar socio cultural y el ejercicio de su libre autodeterminación como colectividad.

A principios de enero del 2017 se debatió el Proyecto de Ley N° 05/2016-CR, Proyecto de Resolución Legislativa que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas que les afecten, y aunque contaba con opinión favorable del Ministerio de Cultura y la Defensoría del Pueblo, la resistencia de la bancada mayoritaria del Congreso no hizo posible su concretización, por lo que como tantas veces, los pueblos indígenas tuvieron que recurrir al Poder Judicial para resolver la controversia interponiendo una demanda de cumplimiento el 08 de mayo del 2017 cuyo expediente es N° 08243-2017-0-1801-JR-10.

Podemos concluir que en general salvo honrosas y destacadas excepciones la consulta previa ha sido más simbólica o simulada que real, como lo hemos visto en el caso de la consulta previa de la Ley Forestal y Fauna Silvestre, entendida, en términos de Baudrillard como:

“disimular es fingir tener lo que se tiene. Simular es fingir tener lo que no se tiene. Lo uno remite la presencia, lo otro a una ausencia. Pero la cuestión es más complicada, puesto que simular no es fingir: “aquel que finge una enfermedad puede sencillamente meterse en cama hacer creer que está enfermo. Aquel que simula una enfermedad aparenta tener algunos síntomas de ella”. Así, pues, fingir, o disimular,

82 Cfr, Gamboa Balbín, Cesar Leonidas. Tensiones entre la visión de desarrollo y conservación de políticas públicas y los derechos de los pueblos indígenas y políticas sobre conservación y extracción en los andes amazónicos. Tesis para obtener el grado académico de doctor en Derecho y CC. PP de la UNMSM. Lima-Perú. 2017.

dejan intacto el principio de realidad: hay una diferencia clara, sólo que enmascarada. Por su parte la simulación vuelve a cuestionar la diferencia de lo “verdadero” y de lo “falso”, de lo “real” y de lo “imaginario”. El que simula, ¿está o no está enfermo contando con que ostenta “verdaderos” síntomas? Objetivamente no se le puede tratar ni como enfermo ni como no-enfermo.”⁸³

Esto ha sido lo mismo que ha ocurrido con la consulta previa “simulada” que tenemos en el Perú en el caso de minería, hidrocarburos o electricidad, donde se finge contar con un procedimiento administrativo que involucra un diálogo intercultural de buena fe en búsqueda de acuerdos y consentimiento libre e informado, pero se termina solo llenando formas y actas que dicen que hubo, lo que nunca existió. Sin embargo, sería un terrible error no reconocer que la consulta previa puede convertirse en un mecanismo de diálogo intercultural fundamental para que el Estado atienda las demandas indígenas, así como clave en el futuro de la democracia de un país cuya cuarta parte de la población es indígena.

La falta de representación política de los pueblos indígenas e implementación de políticas interculturales han detonado protestas sociales en el sur del país, lo que ha sido respondido por el gobierno de Dina Boluarte con una violenta represión que ha tenido como saldo 49 fallecidos y decenas de heridos, razón por la cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se vio obligada a pronunciarse en los siguientes términos:⁸⁴

*“285. Las protestas sociales que comenzaron el 7 de diciembre de 2022 tienen demandas políticas explícitas y coyunturales, como es el adelanto de elecciones generales y la convocatoria a una asamblea constituyente. En la base de estas demandas **hay justas reivindicaciones de comunidades campesinas y pueblos indígenas, como el acceso a derechos en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de discriminación, así***

83 Baudrillard, Jean. Cultura y Simulacro. Letra e. Barcelona- España. 1978. p.8.

84 **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**-CIDH. Situación de Derechos Humanos en el Perú en el contexto de las protestas sociales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57/23. 23 de abril de 2023. p. 100

como mayor representación política. Las provincias apartadas de la capital demandan que se valore la diversidad étnico-racial del país, no ser estigmatizadas, **ser consultadas sobre los proyectos extractivos que pueden tener impactos considerables en su territorio**, y que la riqueza que éstos generan se distribuya equitativamente. Las demandas deben ser atendidas considerando el respeto al Estado de Derecho y al debido proceso.

286. La Comisión conversó con una gran cantidad de actores en diversos territorios del país y observó que existe una fuerte tensión entre Lima y las regiones especialmente del sur del país **donde predomina la población indígena y campesina.** Aunado a ello, las incansables confrontaciones entre los poderes públicos y sucesivas crisis de institucionalidad democrática y políticas han profundizado la polarización y desconfianza de la ciudadanía en las instituciones.

287. Entre el 7 de diciembre de 2022 y el 23 de enero de 2023 miles de personas se movilizaron en todo el territorio nacional ejerciendo su derecho a la protesta. En este periodo de tiempo se registraron en el país 477 manifestaciones. Al respecto, la CIDH reitera que la protesta social y pacífica es un elemento esencial para la existencia y funcionamiento de la democracia y es un derecho que en contextos de crisis políticas sostenidas puede constituirse como **la única vía de participación política para comunidades sobre las que se ejerce discriminación estructural, exclusión política y social.**"

El racismo en la represión violenta y brutal de las protestas sociales ha sido objeto de un Informe de Amnistía Internacional titulado "Racismo Letal Ejecuciones Extrajudiciales y uso ilegítimo de la fuerza por los cuerpos de seguridad de Perú" que concluye lo siguiente:⁸⁵

"Del análisis llevado a cabo en Andahuaylas, Chincheros, Ayacucho y Juliaca, se desprende que las fuerzas de seguridad dispararon mu-

85 Amnistía Internacional titulado "Racismo Letal Ejecuciones Extrajudiciales y uso ilegítimo de la fuerza por los cuerpos de seguridad de Perú". p.68. Enlace: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr46/6761/2023/es/>

nición letal, tanto rifles de guerra con munición 7.62mm o 5.56 mm como pistolas con munición 9 mm contra manifestantes pacíficos, transeúntes, personal de brigadas médicas u observadores, o contra personas cuyas acciones violentas no ameritaban una respuesta tan extrema y excepcional como lo es el uso de munición letal.

Las armas letales están diseñadas para privar de la vida a las personas, y por ello deben ser accionadas únicamente cuando la vida o integridad de una o varias personas está en peligro inminente. Sin embargo, los casos documentados en conjunto con el elevado número de personas fallecidas y heridas por munición letal evidencian que se utilizaron de manera generalizada contra la población manifestante. En los 25 casos documentados por Amnistía Internacional, las heridas que causaron la muerte se ubicaron en zonas de alta letalidad, lo que apuntaría a que no fueron disparos al azar, sino intencionados, y se identificaron casos de detonaciones desde larga distancia, que debilita hipótesis de que los agentes del orden actuaran en defensa propia. En ninguno de los casos se encontró evidencia de que la persona fallecida supusiera un riesgo para la vida o integridad de los agentes. En varios de los casos de personas fallecidas, así como heridas, se trataba de meros espectadores o transeúntes.

El hecho de que día a día se reportaran lesiones graves y muertes por munición letal y las autoridades no hicieran nada para impedir dicho resultado, implicaría cierto grado de dolo u aceptación del resultado posible de muerte que dichas acciones podían tener. Juliaca es un ejemplo de ello: a pesar de que durante el mes de diciembre otras regiones como Andahuaylas y Ayacucho habían experimentado decenas de muertes por el uso ilegítimo de la fuerza letal, lejos de modificar la estrategia de gestión de protestas, ésta se mantuvo con dramáticas consecuencias semanas después de los primeros fallecimientos. La reactivación de las protestas en esa región, en enero de 2023, fue respondida con una estrategia similar, incluso más virulenta que en otras zonas, llegando a 18 manifestantes muertos en una sola jornada.

Si bien cada Macro Región Policial definió su propio plan operativo comandado por el jefe regional, las similitudes encontradas sobre el uso de la fuerza letal usado de forma generalizada en Andahuaylas, Ayacucho y Juliaca darían cuenta de una estrategia nacional que trasciende las regiones, donde la muerte de personas se consideró como una estrategia con la que sembrar el miedo y lograr paralizar las movilizaciones.

Además, es importante mencionar que esta estrategia contra la población manifestante fue sostenida por un importante sesgo racista: en Lima el número de manifestaciones y eventos violentos fue similar al de otras regiones, sin embargo, en la capital los funcionarios del orden no utilizaron fuerza letal y sólo se registró una persona fallecida. El discurso llevado a cabo por las autoridades al más alto nivel respaldó y justificó de forma consistente el actuar de las fuerzas del orden a pesar de la evidencia que cada día era más patente respecto al actuar ilegítimo de éstas. Además, la narrativa del Estado estigmatizó a los manifestantes como terroristas y violentos, abonando a la escalada de violencia y alentado a la fuerza pública a seguir actuando de la misma manera. Tras analizar los hechos expuestos en este informe, Amnistía Internacional concluye que las autoridades peruanas habrían llevado a cabo ataques generalizados en contra personas que se manifestaban y con un marcado sesgo racista.”

Finalmente, una forma de luchar contra la discriminación estructural, exclusión política y social es implementar la consulta previa legislativa en el nuevo Congreso bicameral que se ha instalado en el país como consecuencia de la Sentencia de la Primera Sala Constitucional de Lima, recaída en el Expediente N.º 08243-2017-0-1801-JR-CI-10, que tiene la condición de cosa juzgada y se encuentra en estado de ejecución. Sin duda, esta es una oportunidad para que el Estado peruano legitime las leyes que afecten a los pueblos indígenas mediante un diálogo intercultural que permita arribar acuerdos de buena fe y alcanzando el consentimiento libre, previo e informado de poblaciones históricamente excluidas.

Capítulo II

EL RANGO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009-2024)

“Un aspecto importante de la vida social y política fueron los movimientos campesinos desatados en algunas regiones del Sur del país. En el departamento de Puno, los años de bonanza de las lanas habían provocado, no tanto una “usurpación de tierras” de las comunidades por parte de las haciendas, sino más bien un proceso de privatización de pastos que antiguamente habían sido considerados comunes o de libre acceso. Lo que ciertamente fue considerado por las comunidades como una usurpación, ya que ellos consideraban que los pastos, como el agua o los bosques, debían ser recursos de libre acceso para la población. En este escenario las asociaciones pro indígenas como el Patronato de la Raza Indígena alentaron los reclamos campesinos, que eventualmente desembocaron en rebeliones como las de Huan-

cané (1923), en la que destacó el líder Ezequiel Urviola, La Mar (en Ayacucho, 1923) y Parcona (Ica, 1924).”

Carlos Contreras - Marcos Cueto. Historia del Perú Contemporáneo. Institutos de Estudios Peruanos. Lima Perú. 2007. p. 244

2.1. Introducción

Históricamente los pueblos indígenas desde la independencia del Perú fueron despojados de sus territorios ancestrales, explotados laboralmente por gamonales y el propio Estado mediante el trabajo de obras públicas gratuitas para la construcción de caminos que derivó en conflictos sociales cuyo punto cumbre fue la segunda reforma agraria del gobierno de Juan Velazco que mediante expropiación de haciendas devolvió parte de sus tierras a comunidades campesinas y promovió la titulación de comunidades nativas y pueblos en aislamiento voluntario a fines de los años 60 del siglo XX.

Sin embargo, el reconocimiento de los pueblos indígenas, apenas se consolidaba con el derecho al voto universal de la Constitución de 1979, que les permitía elegir, aunque no hablaran ni escribieran en español, pues la violencia política de los años 80 tendría como principales víctimas a poblaciones indígenas andinas y selváticas. Irónicamente, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, se dio un contexto político que obligaba al gobierno peruano de turno a dar la apariencia de la vuelta a la democracia, no solo con elecciones para un Congreso Constituyente Democrático, sino suscribiendo tratados de derechos humanos como el emblemático Convenio 169 de la OIT, que contenía el derecho a la consulta previa, que una vez suscrito (1993) y ratificado entraría en vigencia un 2 de febrero de 1995. Solo fue tinta sobre papel este derecho hasta que se produjo el conflicto social del “Baguazo” en el gobierno de Alan García y catalizó la promulgación y publicación de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, un 7 de setiembre del 2011, en el gobierno de Ollanta Humala.

2.2. La evolución del derecho constitucional de consulta previa en el Perú

La consulta previa es el derecho constitucional colectivo de los pueblos indígenas que se aplica antes de adoptar una medida legislativa o administrativa que va afectarlos teniendo por propósito promover un diálogo intercultural de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas a fin de arribar a consensos y al consentimiento previo libre e informado. El 3 de abril del 2012, se publica su reglamento, el Decreto Supremo No 001-2012-MC, este último objeto de duros cuestionamientos por el movimiento indígena como sería la exoneración de consulta previa de los servicios públicos y su falta de claridad para determinar cuáles serían las medidas administrativas y legislativas que se consultaría permitiendo que las diversas entidades públicas tengan plena libertad para determinarlo lo que sería el origen de una serie de procesos judiciales.

Cronológicamente se realizaba un intenso litigio estratégico por la implementación del derecho a la consulta previa de las poblaciones originarias sin distinción frente a una férrea resistencia del sector de energía y minas que la negaba para la población andina y que equiparaba la consulta previa con la participación ciudadana. En ese contexto, solo quedaba preguntarle al Tribunal Constitucional quien tenía la razón, lo que desencadenó una serie de sentencias sobre la materia:

- a) **El Caso del Área de Conservación Regional Cordillera** resuelta un 9 de febrero del 2009 en cuyo fundamento 35 de la Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, se pronuncia por primera vez sobre la consulta previa donde dice que “debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindarse la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente

ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.”

En el caso concreto no se había consultado ni el establecimiento de un área de conservación regional ni el lote de hidrocarburos (103) que afectaban los derechos de los pueblos indígenas que habitaban dicho espacio geográfico, no obstante advertirlo el colegiado, guarda silencio sobre el tema. Sin embargo, deja un legado inolvidable, el 19 de febrero del 2009, al fijar el rango Constitucional del Convenio 169 de la OIT y por tanto reconociendo el derecho constitucional a la consulta previa en los siguientes términos:⁸⁶

“31. Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N 0047-2004-AIITC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio 169 mediante Resolución Legislativa No 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar - normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan

86 Fundamento 31 de la Sentencia No 03343-2007-PA/TC

los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.”

- b) Posteriormente, el 9 de junio del 2010, el Tribunal Constitucional avanza en el desarrollo del derecho a la Consulta Previa mediante la Sentencia No 0022-2009-PI/TC referida a la Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, donde desarrolla el contenido del derecho a la consulta previa y sus principios partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, tiene entre sus debilidades el no considerar a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas vinculante⁸⁷ y además desconoce el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados por una medida administrativa o legislativa.⁸⁸

Cierto es que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo No 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales porque considera que la norma no se le puede aplicar a los pueblos indígenas. No obstante, ello reafirma el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT en los siguientes términos:⁸⁹

“En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional

87 Fundamentos 6 al 8 de la Sentencia No 0022-2009-PI/TC

88 Fundamentos 24 y 25 de la Sentencia No 0022-2009-PI/TC

89 Fundamento 9 de la Sentencia No 0022-2009-PI/TC

viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.”

Uno de los principales legados de esta sentencia es que establece el contenido constitucional del derecho a la consulta previa comprendiendo básicamente sus tres aspectos más gravitantes:⁹⁰

- i. **El acceso a la consulta**, esto es que se permita consultar las medidas administrativas y legislativas que afectan a las poblaciones indígenas (petición de consulta previa) en sus derechos colectivos como a un derecho a un ambiente adecuado y equilibrado, al territorio ancestral, a la identidad étnica y cultural, a la libre autodeterminación, a la remediación ambiental, etc.
 - ii. **El respeto de las características esenciales del proceso de consulta**; lo que implica que sea realizada de buena fe en un plazo razonable, antes que se apruebe la medida administrativa o legislativa, brindando información completa y suficiente sobre la medida, buscando llegar a consensos y acuerdos, desarrollando un diálogo intercultural auténtico entre Estado y los pueblos indígenas así como alcanzando el consentimiento libre, previo e informado en proyectos que pongan en riesgo la existencia física y cultural de estas poblaciones.
 - iii. **La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta**; implica que se supervise y efectivice las obligaciones que recaigan en entidades estatales frente a los pueblos indígenas afectados por la medida administrativa o legislativa.
- c) Posteriormente, un 11 de noviembre del 2009, el colegiado comete uno de sus peores errores históricos sobre la consulta previa cuando en el caso de la propuesta de reserva territorial Napo Tigre afectado por lotes de hidrocarburos 39 y 67, Sentencia N.º 06316-2008-PA/

90 Fundamento 37 de la STC No 022-2009-PI/TC

TC, señala lo siguiente: “Es por ello que (...) considera que el derecho de consulta previa debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua. Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y la STC 022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto de estos procesos generan en su vida.”⁹¹ En otras palabras, considera válidas las medidas administrativas que afectaban derechos territoriales de pueblos indígenas que no fueron consultadas apostando así por la seguridad jurídica al mantenerlas vigentes y no solo ello, sino que se inventa “una consulta previa posterior a la aprobación de la medida administrativa” que deberá ser realizada por las empresas implicadas sin detener sus actividades económicas.

Pero incluso en aquella nefasta sentencia en perjuicio de los pueblos en aislamiento voluntario de Napo Tigre reconoció el estatus constitucional del derecho de consulta previa en los siguientes términos:⁹²

“18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa im-

91 Fundamento 30 de la Sentencia No 06316-2008-PA/TC

92 Fundamento 18 y 19 de la STC No 022-2009-PI/TC

plicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismos de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.

19. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que “(...) tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC No 0047- 2004-AI/TC, fundamento 22). En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los “(...) tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC No 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC No 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.”

- d) El 30 de junio del 2010, se resuelve la acción de cumplimiento de Asociación Interétnica del Desarrollo de la Selva Peruana – Aidesep interpuesta contra el Ministerio de Energía y Minas, STC N.º 05427-2009-PC/TC, que resulta siendo declarada fundada que ordena al demandado a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT, lo que daría lugar a la aprobación del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, el 12 de mayo del 2011.

Y no solo eso, sino que reitero el rango constitucional del derecho a la consulta previa en los siguientes términos:⁹³

“Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).”

- e) Más adelante, el 21 de septiembre del 2010, el Tribunal Constitucional tendría que pronunciarse sobre el inconsulto Decreto Legislativo N° 1079, que “Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas”, que al ser una medida que afectaba a los pueblos indígenas que viven en espacios protegidos debió ser objeto de consulta previa, sin embargo, el colegiado no lo considera así por lo que mediante Sentencia N.° 0023-2009-PI/TC declara infundada la demanda de inconstitucionalidad. Anotando, pese a ello se reconoce el derecho a la consulta previa en los siguientes términos:⁹⁴

“Como ya se ha dicho en los fundamentos 19-23 de la STC 022-2009-PI/TC, el artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al aplicar las disposiciones del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

- f) El 26 de julio del 2011, se expide la Sentencia N.° 00024-2009-PI, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el Decreto Legislativo 994 mediante el cual se promueve la inversión privada en

93 Fundamento 9 de la Sentencia N.° 05427-2009-PC/TC

94 Fundamento 6 de la Sentencia No 00023-2009-PI

proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, que podía afectar las tierras de los pueblos indígenas, por lo que debió ser materia de consulta previa. El Tribunal Constitucional concluye que en ese momento las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas en los alcances de la norma. Añade, el colegiado considera que la inconstitucionalidad originaria de su artículo 3.2, derivada de la no realización del proceso de consulta pese a tratarse de una disposición que afectaba directamente a los pueblos indígenas, ha desaparecido por la expedición de una norma reglamentaria que ha excluido los territorios indígenas. Por ello declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad cuando pudo declararla fundada en razón a que la conducta inconstitucional fue corregida con posterioridad a la presentación de la demanda.

El valor de la sentencia es que vuelve a reconocer el derecho de consulta previa como derecho constitucional en los siguientes términos:⁹⁵

“4. En la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, especialmente en casos motivados por la conflictividad social generada a partir del año 2009, se ha buscado afianzar el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo cual atraviesa por afirmar el conjunto de garantías que exige su condición de derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]. Este rol de concretización le correspondió asumir a este Colegiado frente a la omisión legislativa de desarrollo, que ha posibilitado institucionalizar el debate sobre la problemática indígena en desmedro de posturas anti sistémicas.

5. En ese sentido, como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. (...)”

95 Fundamentos 4 y 5 de la Sentencia N° 00024-2009-PI

- g) El 17 de marzo del 2011, se resolvería la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos que afectaba a los pueblos indígenas que tienen una relación de supervivencia física y cultural con los ríos y lagos del país por lo que debió ser objeto de consulta previa. En concreto se cuestionaba que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes en el manejo de los recursos hídricos pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, quienes carecen de capacidad para competir con dichas empresas operadoras.⁹⁶ Sin embargo, el reivindica el estatus constitucional del derecho a la consulta previa en los siguientes términos:⁹⁷

“20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

21. Como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]: (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; (...).”

96 La demanda fue declarada infundada por el Pleno Jurisdiccional No 00025-2009-PI/TC

97 Fundamentos 20, 21 y 22 del Pleno Jurisdiccional No 00025-2009-PI/TC

- h)** El 6 de junio del 2016, el Tribunal Constitucional se pudo pronunciar sobre la falta de consulta previa de las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas en el periodo 1995-2011 por parte del Ministerio de Energía y Minas, pero declaró improcedente la demanda de cumplimiento interpuesta por IDLADS mediante Auto del Tribunal Constitucional 02420-2012-AC. Sin embargo, dejó abierta la puerta de la justicia constitucional cuando indicó que mediante un proceso de amparo se dejen sin efecto medidas administrativas o legislativas inconsultas como las concesiones mineras:

“Tribunal Constitucional no quiere dejar de precisar, que el rechazo de esta demanda no implica que, en cada caso en concreto, cuando se acredite que el Estado ha omitido realizar la consulta previa conforme al ordenamiento jurídico vigente, pretensiones como esta y de similar tipo no puedan analizarse mediante el proceso de amparo. Esta es, por cierto, la manera en la cual ha venido resolviendo este colegiado cuando se ha tratado de la afectación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. (...)”⁹⁸

“Este Tribunal no avala interpretaciones que incorrectamente sostengan o promuevan el incumplimiento de tratados internacionales, en general, y del Convenio 169, en particular. Es más, este Tribunal ha emitido resoluciones en las que se ha establecido firmemente el respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (SSTC Exps. N°s 03343- 2007-PA/TC, 0022-2009-PIITC y 01126-2011-PHC/TC) Al respecto, las sentencias del Tribunal han servido no solo para retrotraer las cosas al estado anterior al de la vulneración del derecho fundamental, sino que han tenido también un rol vital para dar mayor visibilidad a las demandas sociales, y para el efectivo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.”⁹⁹

98 Fundamento 36 del Auto del Tribunal Constitucional 02420-2012-AC

99 Fundamento 39 del Auto del Tribunal Constitucional 02420-2012-AC

Sin embargo, pocos advirtieron el voto singular del Sardón de Taboada donde evidenciaba un desconocimiento del derecho a la consulta previa:

“El artículo 105 de la Constitución de 1979 establecía que “Los preceptos constitucionales relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional”. Una disposición semejante, sin embargo, fue excluida de la Constitución de 1993.

Así, no existen elementos que respalden la tesis del rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución vigente. Su artículo 200, inciso 4, establece, por el contrario, que los acuerdos internacionales poseen jerarquía legal por lo que pueden impugnarse mediante el proceso de inconstitucionalidad.

(...)

Si la Constitución reconociera el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, ¿por qué afirma que son un criterio de interpretación constitucional? La existencia de la IV Disposición Final y Transitoria demuestra que éstos no tienen per se rango constitucional porque no pueden ser, simultáneamente, parte de la constitución y criterios para interpretarla. Así, al afirmarse lo segundo, se reconoce implícitamente su jerarquía infra-constitucional. Lo contrario supondría desnaturalizar el sentido normativo de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Por tanto, los tratados sobre derechos humanos -al igual que todos lo demás- tienen rango legal y no constitucional, salvo que sean aprobados conforme al procedimiento detallado en el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución; en cuyo caso, producen efectos análogos a los de una ley de reforma constitucional.”

- i) El 5 de diciembre del 2018, el Tribunal Constitucional admitió el amparo de la Comunidad Campesina de Arboleda, Auto del Tribunal Constitucional N° 01129-2012-PA/TC, que admitía a trámite el amparo que buscaba dejar sin efecto concesiones mineras inconsultas que afectan territorios indígenas ancestrales. Sin embargo, el Voto Singular de Sar-

dón de Taboada insiste en el despropósito de desconocer el derecho constitucional de consulta previa:

“2. Empero, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados.

3. El derecho a la consulta previa tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos tribales e indígenas a los que se refiere el Convenio 169, en cambio, es independiente del orden jurídico.

4. El derecho a la consulta previa, por tanto, deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia demanda. Empero, este Convenio fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993, cuando aún no estaba vigente la actual Constitución. Esta entró en vigor recién el 31 de diciembre de 1993.

5. Para que el Convenio 169 de la OIT hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.”

- f) El 08 de junio del 2021, el Tribunal Constitucional ha reiterado su defensa de la consulta previa como derecho constitucional en la Sentencia del Expediente N° 01717-2014-PC/TC, una de las últimas resoluciones impulsadas y suscritas el 08 de junio del 2021 por el magistrado Carlos Ramos Núñez:

“27. (...) el Tribunal Constitucional ha identificado una serie de posiciones iusfundamentales que constituyen el derecho a la consulta, entre las cuales están: a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, b) el derecho a que la consulta se realice de ma-

nera previa, c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [sentencia recaída en los Expedientes 00022-2009- AI/TC; 00024-2009-AI/TC, fundamento 5; 00025-2009-AI/ TC, fundamento 21].” (resaltado nuestro)

“55. Así las cosas, reducir la consulta previa a determinados procedimientos administrativos, involucraría excluir de la consulta alguna otra medida administrativa que pudiera afectar directamente a las comunidades indígenas u originarias.

56. Dicha exclusión incumpliría con la obligación constitucional de consultar cada vez que se prevean medidas administrativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas u originarias.”

Sin embargo, el magistrado Sardón de Taboada no cesaba de insistir en su voto singular de mostrar su falta de interculturalidad:

“Al respecto, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados”.

- g)** El 9 de noviembre de 2021, en el amparo sobre pueblos en aislamiento voluntario que se ubican en el Lote 88, se vuelve a reiterar la postura inconstitucional del magistrado Sardón de Taboada en su fundamento de voto de la sentencia del expediente N° 01460-2015-PA/TC:

“A mi criterio, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. El derecho a la consulta previa deriva directamente del Convenio 169 de la OIT. Empero, para que este Convenio hubiese añadido un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho siguiendo el procedimiento previsto para la reforma constitucional.”

- h)** El 18 de noviembre de 2021, en el amparo sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica del Pueblo Originario o Indígena Achuar esta

postura inconstitucional se extiende entre otros magistrados como se puede observar en el Expediente N° 01171-2019-PA/TC:

- Voto singular del magistrado Blume Fortini:

“Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.”

- Voto singular del magistrado Sardón de Taboada:

“De otro lado, respecto del mandato de suspensión de las operaciones en el Lote 64 para el inicio del proceso de consulta, debo reiterar que el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados.”

- 74
- i) Por último, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alega que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. Específicamente indica que dichas concesiones ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes. Precisa que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.¹⁰⁰

El 20 de enero del 2022, es la primera vez que esta postura inconstitucional de desconocer el derecho a la consulta previa llega a tres votos y hacer la sentencia del Expediente N° 03066-2019-PA/TC, suscrita

100 Sentencia del expediente N.° 03066-2019-PA/TC

por Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini que contiene el siguiente sustento:¹⁰¹

“3. Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.

4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.”

La evolución de la jurisprudencia sobre consulta previa a partir del litigio estratégico y el pensamiento constitucional del máximo intérprete de la Constitución permite advertir que ya no hay marcha atrás pese al descalabro del fallo comentado por parte de tres magistrados que atentan contra el derecho constitucional a la identidad étnica y cultural, así como los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Sin duda, esto sería un accidente, que no volverá a repetirse sino todo lo contrario sería forzosamente corregido por jurisprudencia posterior.

Lo que efectivamente ocurrió cuando el Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 310/2023, tuvo que resolver la causa de la Comunidad Campesina de Asacasi que interpuso la demanda de amparo contra el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, el Ministerio de Energía y Minas y la Dirección Regional de Energía y Minas de Apurímac, por la sistemática omisión de realizar consultas previas, libres e informadas antes de la expedición de concesiones mineras en el área geográfica que forma parte del territorio ancestral de la comunidad campesina de Asacasi, descendiente del pueblo indígena andino quechua. Denuncia la vulneración de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal y al territorio, a la libre determinación, así como de otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del

101 Fundamento 3 de la sentencia del expediente N° 03066-2019-PA/TC

Trabajo (OIT) y en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.¹⁰² En este caso, el Tribunal Constitucional recalco el carácter de derecho constitucional de la consulta previa en los siguientes términos:¹⁰³

- “29. Desde temprana jurisprudencia, el Tribunal Constitucional hizo hincapié en que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —el cual reconoce el derecho a la consulta previa— constituye fuente de derecho interno, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, y resulta obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales¹⁰⁴.
30. La Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993 reconoce a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos como parámetro interpretativo sobre los derechos constitucionales, lo que los hace parte integrante del bloque de constitucionalidad.
31. Asimismo, en la sentencia emitida en los expedientes 00025-2005-AI/TC y 00026-2005-AI/TC fundamento 33, este Colegiado dejó sentado que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, dado que los derechos que reconocen son de idéntico rango. (también cfr. sentencia emitida en los Expedientes 06316-2008-PA/TC y 05427-2009-PC/TC).
32. El derecho a la consulta previa ha sido posteriormente reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007, y constituye un referente en el derecho internacional sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

102 Antecedentes. Expediente No 03326-2017-PA/TC

103 Considerandos 29 al 39 de la Sentencia recaída en el Expediente No 03326-2017-PA/TC

104 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC, fundamento 31.

33. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Perú, en su artículo 27 declara que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”
34. Asimismo, el derecho fundamental de la consulta previa está directamente conexionado con el precitado derecho fundamental de toda persona, en forma individual o asociada, a participar en la vida económica y social de la Nación.
35. Como correlato de ello, este derecho fundamental fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado y la sociedad, coopera en el fortalecimiento del Estado constitucional, democratiza la sociedad peruana y contribuye a revertir la exclusión histórica a la cual han estado sometidos, preservando su identidad y subsistencia digna¹⁰⁵.
36. Mas aún, en el fundamento 31 de la sentencia emitida en el Expediente 03343- 2007-PA/TC, Caso Cordillera Escalera, se reconoció la fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.”

En otras palabras, el Tribunal Constitucional confirma que es imposible desconocer el derecho de consulta previa como derecho constitucional y en mérito a los principios de progresividad y no regresividad, que no es otra cosa, que la consecuencia del hecho de que una vez conquistado un derecho humano no es posible que el Estado lo inobserve o vulnere sin que se afecten las bases mismas de un Estado Constitucional y De-

105 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 01717-2014-AC/TC, fundamento 25.

mocrático. Y no solo ello, sino que enfatiza que el Estado es el sujeto obligado a satisfacerlo:¹⁰⁶

“40. Asimismo, se estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta es el Estado¹⁰⁷, quien no solo tiene el deber de garantizarlo –promoviendo la organización y procedimientos adecuados– sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de **“medidas legislativas o administrativas”** que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.”

Advirtamos entonces que el Tribunal Constitucional no solamente esta respaldando la consulta previa de las medidas administrativas como concesiones mineras o estudios de impacto ambiental sino también la consulta previa de las leyes que afectan a los pueblos indígenas. Esta posición sería compartida por la Corte Suprema en la sentencia de Acción Popular N° 29126-2018 LIMA, donde identificó 14 estándares internacionales sobre el cumplimiento de la consulta previa sustentados en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Perú y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los que mencionó que *“Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas.”* En ese orden de ideas, queda claro que el Congreso de la República no está exento de implementar la consulta previa de las leyes que afectan a los pueblos indígenas, razón por la cual, resulta lógica la Sentencia de la Primera Sala Constitucional de Lima, Expediente N° 08243-2017-0-1801-JR-10, que ordena a dicho poder del Estado a implementarla.

106 Considerando 40 de la Sentencia recaída en el Expediente No 03326-2017-PA/TC

107 Fundamento 42 de la sentencia emitida en el Expediente 00005-2012-PI/TC.

2.3. Conclusiones

El 9 de febrero del 2009, mediante Sentencia No 03343-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional, acogió los reclamos de los pueblos indígenas sobre el respeto de la consulta previa, al advertir que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N 0047-2004-AIITC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional (STC N 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio 169 mediante Resolución Legislativa No 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

La jurisprudencia constitucional se ha venido pronunciando durante 14 años a favor de la condición de derecho constitucional de la consulta previa no solo en el Tribunal Constitucional sino a nivel de la Corte Suprema donde en la Acción popular N° 29126-2018-Lima ha dicho que “Es obligatoria, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas; con la finalidad de obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento; la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas¹⁰⁸.

108 Fundamento 134 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam de fecha 28 de noviembre del 2007

Capítulo III

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR LA CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA

“La siembra, el cultivo y la cosecha renuevan para los campesinos, cada año, la satisfacción de vivir. Son la razón de su existencia. Y a fuerza de hombre rudos y sencillos, las huellas de sus pasos no se producen de otro modo que alineándose en surcos innumerables. ¿Qué más? Eso es todo. La vida consigue ser buena si es fecunda.”

Ciro Alegría. Los perros hambrientos. Patronato del libro peruano. Lima-Perú. 1958.p.93

“Y empezó a cantar un huayno cómico que yo conocía; pero la letra, improvisada por él en ese instante, era un insulto a los gendarmes y al salinero. Todos los del grupo formaron un coro. Alternaban cada estrofa con largas carcajadas. El cholo cantaba la estrofa, lentamente, pronunciando cada palabra con especial cuidado e intención, y luego la repetía el coro. Se miraban y volvía a reírse. (...) Yo quedé fuera del círculo, mirándolos, como quien contempla pasar la creciente de esos ríos andinos de régimen imprevisible; tan secos, tan pedregosos, tan humildes y vacíos durante años, y en algún verano entoldado, al precipitarse las nubes, se hinchan de un agua salpicante, y se hacen

profundos; detienen al transeúnte, despiertan en su corazón y su mente meditaciones y temores desconocidos.”

José María Arguedas. Los Ríos Profundo. Ediciones Trilce. Lima-Perú. 2015. p. 100

“Esta democracia ya no es democracia, Dina Asesina, el Pueblo te repudia, cuantos muertos quieres para que renuncies, sueldos millonarios para los corruptos, balas y fusiles para nuestro pueblo, esta democracia ya no es democracia.”

Cantantes puneñas: **Kelly Girona, Miriam Calcina, Paloma Mamani, Edith Ramos y bandas de Juliaca** graban oficialmente el tema **“Esta democracia ya no es democracia”**
Enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=2k8DQYVvkP68>

3.1. Introducción

Nos encontramos en un momento muy complicado en la historia del Perú debido a que la escasa institucionalidad democrática que se consiguió luego de los 2000, con la salida de Alberto Fujimori del poder, desde el 2018, ha ido deteriorándose de manera acelerada ante la ausencia de institucionalidad de partidos políticos, carentes de ideología o un programa de gobierno que los identifique, tienen un alto grado de caudillismo, individualismo y corrupción que impide que podamos advertir algún tipo de coherencia y consecuencia entre las promesas electorales y lo que realmente cumplen cuando llegan al poder. Sin temor a equivocarnos muchos de nuestros partidos políticos se comportan como verdaderas organizaciones criminales decididas a encubrir los ilícitos de funcionarios públicos y negociar sus votos a cambio de favores personales llegando para dicho fin a realizar alianzas con partidos adversarios e incluso con el propio Ministerio Público cuando existe esa oportunidad como se ha observado en el caso del escándalo del “Caso de los Niños 1, 2 y 3” y la Fiscal de la Nación, Patricia Benavides, que pudo manejar los votos de varios congresistas procesados mediante la promesa de archivar sus casos de corrupción, logrando influir así en la elección del Defensor del Pueblo, la

destitución de una Fiscal Suprema, así como promover la destitución de los miembros del Consejo Nacional de Justicia que la estaban a su vez procesando por graves irregularidades.¹⁰⁹

Este Congreso ya eligió a la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, al Defensor del Pueblo, incluso ha querido reorganizar el Ministerio Público¹¹⁰, ante la suspensión de la anterior Fiscal de la Nación¹¹¹, y está dispuesta a destituir a miembros de la Junta Nacional de Justicia para poder tener control sobre el Jurado Nacional de Elecciones de cara a las próximas elecciones generales.¹¹² Y es en ese preciso contexto, en el que se notifica a la Confederación Nacional Agraria-CNA, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP e IDLADS PERÚ la sentencia que ordena al Poder Legislativo consultar las leyes que afectan a los pueblos indígenas por lo que es evidente que resultara muy complicado efectivizarla debido a la previsible renuencia que puedan tener muchos congresistas, sobre todo, porque en la práctica existe un racismo y discriminación estructural en el Estado y porque se crearía un mecanismo de control de calidad de la interculturalidad y legitimidad de los proyectos de ley que podría un límite al Poder Legislativo que hoy no tiene contrapeso pues controla en la práctica incluso al Ejecutivo.

109 DW. Fiscal General de Perú investigada por red de corrupción. Enlace: <https://www.dw.com/es/fiscal-general-de-per%C3%BA-investigada-por-red-de-corrupci%C3%B3n/a-67567760>

110 Ojo Público. Congreso impulsa 21 proyectos que afectan las entidades del sistema de justicia. Enlace: <https://ojo-publico.com/politica/congreso-impulsa-21-proyectos-que-afectan-el-sistema-justicia>

111 “El Peruano”. JNJ suspende a fiscal de la Nación por seis meses. Enlace: <https://ojo-publico.com/politica/congreso-impulsa-21-proyectos-que-afectan-el-sistema-justicia>

112 Ojo Público. Congreso quiebra a la JNJ con la inhabilitación de Inés Tello y Aldo Vásquez. Enlace: <https://ojo-publico.com/politica/congreso-quiebra-la-jnj-la-inhabilitacion-tello-y-vasquez>



Fotografía de representantes de IDLADS, ONAMIAP y CNA

3.2. Los demandantes

IDLADS PERÚ históricamente ha venido trabajando litigio estratégico con organizaciones indígenas, sin embargo, es a partir del 2017, cuando con motivo de la presentación del libro de “Litigio Estratégico Ambiental e Indígena en Sudamérica”, desarrollada en el Congreso, en abril de ese año, en que sus lazos institucionales se fortalecen con la Confederación Nacional Agraria-CNA y la Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP, en que se decide iniciar una serie de acciones judiciales por los pueblos indígenas, entre las que se encuentra la acción de cumplimiento por la consulta previa legislativa en el Perú, interpuesta el 08 de mayo del 2017, Expediente N° 08243-2017-0-1801-JR-10, sobre todo, después de ver naufragar los esfuerzos de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso por hacerla realidad.



3.3. Petitorio

Se interpone la DEMANDA DE CUMPLIMIENTO contra Congreso de la República por omisión de consulta previa a los pueblos indígenas y adecuación al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual: los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin vulnerando los derechos colectivos indígenas en especial de la

Confederación Nacional Agraria (CNA) ni Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP).

En ese sentido se solicita **se ordene al Congreso de la República cumpla con realizar la consulta previa a las leyes que impactan en los derechos colectivos de pueblos indígenas, lo que implica adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y el Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995.**

3.4. Fundamentos de hecho

3.4.1. Respecto a los pueblos indígenas en el Perú

El Perú es un país pluricultural, multiétnico y diverso, en donde coexisten varios pueblos y grupos étnicos, organizados generalmente en pueblos andinos y amazónicos, que poseen conocimientos científicos y tecnológicos, medicina tradicional, valores culturales, idioma, formas de organización política y social, modelos de desarrollo socio económico, maneras de administrar recursos naturales, diferentes prácticas de ejercer autoridad y administrar justicia, así como de conservar sus tierras y territorios. Así, de acuerdo al Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú¹¹³, en el país existen 72 etnias, 7 ubicadas en el área andina y **65 en el área amazónica**, las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas¹¹⁴. Según otras fuentes, la heterogeneidad de la población peruana se manifiesta actualmente, en la coexistencia de 43 lenguas: 39 son amazónicas, una lengua en fase de estudio y 3 lenguas andinas: el quechua, aymará y jacura. Todas ellas agrupadas en 17 familias lingüísticas. Los tres grupos etnolingüísticos más numerosos de la Amazonía son: Asháninka 57,998, el Awajum (Aguaruna) 45,137 y el Shipibo 20,178.

Según los registros del Ministerio de Agricultura, los pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,826 comunidades campe-

113 Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano-1994.

114 Familia lingüística es el conjunto de lenguas emparentadas entre sí que tienen un origen común, las cuales son habladas por los pueblos o etnias.

sinas¹¹⁵ -andinas y costeñas- reconocidas¹¹⁶ y 1,265 comunidades nativas¹¹⁷ -amazónicas- inscritas¹¹⁸. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16'706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1'041,587 familias. Las comunidades nativas ocupan una extensión superficial de 9'269,332.3145 has. y agrupan aproximadamente a 45,791 familias. En la actualidad en el Perú existen aproximadamente 5818 Comunidades Campesinas¹¹⁹ y más de 1345 Comunidades Nativas¹²⁰; la Constitución Política vigente, reconoce la existencia de las comunidades campesinas y nativas desde épocas inmemoriales, condicionado su existencia a su reconocimiento legal e inscripción en los Registros Públicos, respetando la identidad cultural de dichas comunidades.

El Convenio N° 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993. El citado Instrumento internacional consagra el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 del artículo 6 del Convenio N° 169 establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros

-
- 115 Comunidades Campesinas: Organizaciones reducidas de pueblos indígenas de los andes y costa del Perú, con personería jurídica, cuya actividad principal se desarrolla en base a la Agricultura y Ganadería.
- 116 Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a octubre de 2001).
- 117 Las poblaciones indígenas amazónicas no sólo se agrupan bajo la forma legal de comunidades nativas, sino que teniendo en cuenta su organización territorial y socio cultural frente a la sociedad nacional, minoritariamente también pueden ser reconocidas y analizadas con la tipología siguiente: pueblos indígenas aislados; poblaciones indígenas remotas y dispersas; poblaciones indígenas rurales dislocadas y fragmentadas; poblaciones ribereñas; e indígenas urbanos /OIT: Moore).
- 118 Directorio de Comunidades Nativas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1999).
- 119 Fuente: III Censo Agropecuario 1194- Directorio de Comunidades Campesinas del PETT 2002.
- 120 Fuente: Base de Datos de Comunidades Nativas del PETT-2003 - CD room Defensoría del Pueblo.

sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 6 del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Lo que debe ser concordado con el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 que señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida.

3.4.2. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

La consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, estos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

El derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. La necesidad de implementar el derecho a la consulta previa ha sido evidenciada por el Relator Especial de Naciones Unidas cuando señaló sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, lo siguiente: “El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas”¹²¹

La doctrina reconoce tres tipos de Consulta Previa: a) para medidas legislativas; b) **para medidas administrativas**, c) Para fines de exploración y explotación de recursos naturales. Dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo, si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que, si se trata de una medida que implique actividad extractiva, está se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo. Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar un acuerdo u obtener el consentimiento.¹²²

121 Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” 24 de abril de 2009.

122 Informe N° 011-2009-DP/AMASPP/PP. p. 20.

3.4.3. Respeto a la afectación cierta y continua de la Confederación Nacional Agraria-CNA de su derecho a la consulta previa por conducta omisiva del Congreso de la República

La Confederación Nacional Agraria - CNA una organización gremial de mujeres y hombres campesinos, pequeños y medianos productores agrarios y pueblos originarios. Nuestras bases están articuladas en 18 federaciones regionales en costa, sierra y selva del Perú. Reivindican y defienden los intereses de los pueblos del campo promoviendo su liderazgo y formación para el respeto de sus derechos, modos de producción y medios de vida. Nuestras demandas y propuestas de incidencia giran sobre estos ejes: **1. Soberanía Alimentaria, 2. Tierra y territorio, 3. Identidad, reconocimiento y participación y 4. Cambio climático.**

Muchos de aquellos impactos han tenido efectos directos sobre los derechos de las comunidades bases de la CNA, en donde no se ha ejercido de manera efectiva y plena el derecho a la consulta previa de las resoluciones que aprueban los estudios de impacto ambiental y es por ello que se requiere hacer efectivo dicho derecho colectivo en salvaguarda del derecho a la identidad de los pueblos indígenas miembros de la CNA y del Perú. Asimismo, la población que potencialmente podría ser afectada con la aprobación de leyes que pueda generar impactos ambientales tiene especial y legítimo interés en que ésta se desarrolle en cumplimiento de la normativa de consulta previa además de la participación ciudadana indígena.

En consecuencia, al no efectivizar el Congreso el derecho a la consulta previa se está lesionando gravemente el derecho a la Consulta Previa, identidad étnica y cultural así como participación indígena consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 6°, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú, en ese sentido, la única forma de salvaguardar dicho derecho es que se ordene al Congreso realice consulta previa a todas las leyes que van impactar directamente en derechos colectivos de los pueblos indígenas.

3.4.4. Respeto a la afectación cierta y continua de ONAMIAP de su derecho a la consulta previa por conducta omisiva del Congreso de la República

La Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú que luchan por el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos como mujeres y pueblos indígenas. Basadas en los principios de respeto y reconocimiento de nuestra diversidad, desarrollan acciones dirigidas a fortalecer sus organizaciones de base, a visibilizar sus propuestas y demandas e incidir en la agenda pública y ganar espacios de representatividad a nivel local, regional, nacional e internacional.

Está conformado por 24 comunidades indígenas, pero también interpone el presente amparo en defensa del resto de comunidades indígenas que se ven afectados por la conducta omisiva del Congreso, las cuales por esta razón no pueden ejercer su derecho a la consulta previa cuando se aprueban leyes que impactan en derechos colectivos indígenas.

En consecuencia, al no efectivizar el Congreso el derecho a la consulta previa se está lesionando gravemente el derecho a la Consulta Previa, identidad étnica y cultural así como participación indígena consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 6°, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú, en ese sentido, la única forma de salvaguardar dicho derecho es que se ordene al Congreso realice consulta previa a todas las leyes que van impactar directamente en derechos colectivos de los pueblos indígenas.

3.4.5. Carta de requerimiento al Congreso de la República para que se adecue al derecho a la consulta previa contemplado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

Mediante Carta del el 04 de abril de 2017 del IDLADS PERÚ, CNA y ONAMIAP se solicita al Presidente del Congreso que la institución que representa dé cumplimiento al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual: los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través

de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

En ese sentido, solicitamos al Congreso cumpla con realizar la consulta previa a las leyes que vayan a impactar en los derechos colectivos de pueblos indígenas, lo que implica adecuar el Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995.

Habiendo transcurrido más de 10 días sin que dé cumplimiento al mencionado mandato hemos quedado legitimados para interponer la presente acción legal.

3.5. Fundamentos de derecho

3.5.1. El Artículo 2 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, señala que el Derecho a la consulta “es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.”

El Artículo 3 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, establece que la consulta previa tiene por finalidad “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que

garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.”

- 3.5.2.** El proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, tal como lo prescribe el artículo 66° del Código Procesal Constitucional.
- 3.5.3.** Cabe recordar que “cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos (...). Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona” de conformidad con el artículo 67° del Código Procesal Constitucional.
- 3.5.4.** La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal de conformidad con el artículo 68° del Código Procesal Constitucional. En este caso se ha requerido mediante carta del 04 de abril suscrita por IDLADS, CNA y ONAMIAP al Congreso que cumpla con el procedimiento de consulta previa al momento de aprobar leyes que afectan directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas, haciendo caso omiso a dicha misiva que no han respondido hasta la fecha.
- 3.5.5.** La acción de cumplimiento: En aplicación de lo dispuesto por el artículo 200° inciso 6 de la Constitución Política, procede la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal, con finalidad que aquellos cumplan con tal mandato, invoco la aplicación de la norma citada referente a la garantía constitucional de la acción de cumplimiento. Asimismo, debe tenerse en cuenta en este proceso, las normas establecidas en los artículos 1°, 2°, 66°, 67°, 68°, 69°, 72° y 74° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

3.5.6. Asimismo, téngase en cuenta que como se expuso en la demanda, “para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes (f, 14 de la STC 0168-2005-PC):

- a) **Ser un mandato vigente**, en ese sentido, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes es un mandato vigente, y no pueden ser desconocida el Poder Legislativo.
- b) **Ser un mandato cierto y claro**, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal, en ese sentido, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes, es un mandato cierto y claro, y deben cumplirse inexcusablemente, y el Congreso no puede desacatarlo en perjuicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- c) **No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares**, exigir que se respeten y cumplan el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes que impactan en los pueblos indígenas, no es un asunto que sea una controversia compleja ni que entrañe interpretaciones dispares, pues la norma es clara y ordena la obligatoria adecuación del Congreso al derecho a la consulta previa.
- d) **Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento**, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes que afectan derechos territoriales e indígenas, es un man-

dato ineludible y obligatorio, y debe cumplirse inexcusablemente por Congreso.

- e) **Ser incondicional**, en ese sentido, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes que afectan derechos territoriales e indígenas, es un mandato incondicional, no sujeto a plazo o condición alguna, y de inexcusable cumplimiento.

El fundamento 16 de la STC N° 0168-2005-PC, señala que “este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal (...), no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte.” No puede en ese sentido, quedar al arbitrio y discrecionalidad del Congreso el acatar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes que afectan derechos territoriales e indígenas, pues resulta manifiestamente evidente que la disposición que se demandan su cumplimiento no se puede considerar como parte de las potestades discrecionales de un funcionario público o entidad pública, sino todo lo contrario, de obligatorio e ineludible cumplimiento, puesto que implican la vigencia misma de la institucionalidad estatal y la legalidad que debe imperar en toda sociedad democrática.

3.5.7. Respeto a la legitimidad para obrar por intereses difusos y colectivos de los demandantes en defensa del cumplimiento del derecho de consulta previa

El artículo 40 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley N° 28237, acoge un tipo de legitimidad colectiva o especial en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente a fin de tutelar por derechos colectivos o difusos como medio ambiente u otros derechos difusos como sería el caso del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas afectados por leyes que aprueba el Congreso.

Ello implica que la persona natural o jurídica que gestiona e interpone la demanda puede formar parte de la comunidad que se ve afectada de manera inmediata o ser un sujeto ajeno a tales asociaciones sin fines de lucro que desarrollan actividad relativa a la temática ambiental o indígena para que puedan actuar en defensa de la comunidad como en este caso son los demandantes conformados por miembros de comunidades indígenas y campesinas.

Asimismo, el artículo 67 del Código Procesal Constitucional establece que cualquier persona podrá iniciar el proceso constitucional cuando se trate de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, aquí la legitimación corresponderá a cualquier persona como en este caso sería la defensa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú en el ámbito de la aprobación de las leyes por parte del Congreso de la República.

3.5.8. Atribuciones del Congreso de la República

El Artículo 102° de la Constitución señala que son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual: los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que **se prevean medidas legislativas** o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

En ese sentido, toda ley aprobada por el Congreso de la República que afecta directamente a las poblaciones indígenas debe ser objeto de consulta previa y lamentablemente hasta la fecha ello no ha ocurrido y todo lo contrario se ha venido aprobando omitiendo dicho derecho colectivo lo que ha venido generando conflictos socio ambientales como el que ocasiono la aprobación inconsulta de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y luego la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país que afectaban el derecho de propiedad comunal y el aprovechamiento de recursos naturales.

3.5.9. Respeto a la figura de la “inconstitucionalidad por omisión” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la omisión de la consulta previa en la aprobación de las leyes que afectan a los pueblos indígenas

En el considerando 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 05427-2009-PC/TC, el Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Y es que, si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al *derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, lo establecido en el Convenio 169 es de obligatorio respeto y cumplimiento por parte de nuestras autoridades.

En ese sentido la obligación de consultar toda medida legislativa o administrativa a los pueblos indígenas recae también en la medida administrativa que aprueba los estudios de impacto ambiental, máxime si en dicho documento se encuentra inserto las obligaciones socioambientales que debe respetar cumplir el titular de la actividad económica, así como los estándares ambientales a los que se va a sujetar el proyecto de inversión. Sin duda su contenido es de

suma importancia porque impacta directamente sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la **“inconstitucionalidad por omisión”**, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la **“acción de inconstitucionalidad por omisión”**. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado

precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos “el control de la **regularidad del sistema jurídico** en su integridad constituye un **principio constitucional básico** en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean **eficaces**” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).

Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye como es obvio la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el *derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos*, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “**El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen**”. En efecto, este Tribunal ha sostenido que: “Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, **el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos**” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).

Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer

la existencia de un **principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales**. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un *Estado Social de Derecho*, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de *derechos sociales*, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

Ahora bien, la fundamentación de una *obligación constitucional* de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de **“fraude**

a la Constitución” o “**Constituciones nominales**”, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de *órgano ejecutor* de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de *configuración* de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta *discrecionalidad* en el momento en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como “conquistas frente a la mayoría” o como “límites al poder político” exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el *deber constitucional* de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales.

En síntesis, como ha sido puesto de manifiesto por este Colegiado, el control de las omisiones legislativas inconstitucionales se sustenta en las siguientes razones de orden constitucional:

- a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución,
- b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales;
- c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución;
- d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y,
- e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales” [STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 41].

En este marco situacional, este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial.

Es por ello que, pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (BVerfGE 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

Del mismo modo, la judicatura constitucional no sólo se ha enfrentado a la situación anterior de *inconstitucionalidad por omisión absoluta*, esto es, cuando el órgano de producción normativa no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado, sino que también ha encarado el problema de las *inconstitucionalidad por omisión relativa*, que se producen cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad, a través de la figura de la *arbitraria exclusión de beneficios*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha intervenido en el control constitucional de las omisiones normativas relativas, sobre todo a partir de la técnica de las *sentencias manipulativas*: 1) suprimiendo de un precepto de la Ley de la Seguridad Social la referencia de viuda, pues, a su juicio, sólo así se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre); 2) considerando nulo

el inciso de un precepto del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de la vejez e Invalidez (SOVI), en cuanto excluye a los viudos de la posibilidad de acceso a las prestaciones del SOVI (STC 142/1990, de 20 de septiembre); 3) decidiendo la nulidad de una previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido (STC 222/1992, de 11 de diciembre), y 4) declarando la nulidad de una disposición de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto excluye a hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o invalidez de una pensión o subsidio por muerte del pensionista cuyo subsidio permitía cubrir las necesidades propias y las de sus familiares o asimilados, atribuyendo la pensión solamente a hijas y hermanas (STC 3/1993, de 14 de enero) [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

En el presente caso el obrar omisivo del Congreso que consiste en omitir implementar la consulta previa en la aprobación de leyes en los casos que impacten poblaciones indígenas constituye una grave e inminente amenaza y cierta sobre los derechos colectivos a la identidad étnica y cultural y el propio derecho de consulta previa de los pueblos indígenas previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2º y 3º de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originario, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785. En otras palabras, el simple hecho de no contemplar el Congreso en su procedimiento de aprobación de leyes la consulta previa con las poblaciones indígenas afectadas constituye una flagrante violación a los derechos colectivos indígenas.

3.5.10. Respecto a la vulneración del derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

El Estado peruano ha suscrito la mayoría de tratados internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas y minorías, así como los tratados de derecho internacional humanitario. De acuerdo a disposiciones interna-

cionales¹²³ e internas¹²⁴ el Estado peruano está obligado a cumplir los tratados suscritos, reconociéndoles supremacía sobre la normatividad interna. Los instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecen un conjunto de obligaciones para el Estado peruano.

Así, interesa resaltar que los Convenios de la OIT referidos a pueblos indígenas fueron introducidos con fuerza vinculante a nuestro ordenamiento jurídico, tales como los Convenio N° 107 y N° 169 de la OIT. Así, por la ratificación del Convenio 169 de la OIT el Estado peruano **se obligó** a respetar los derechos de los pueblos indígenas y adecuar la legislación nacional en favor de los mismos. El Artículo 2° del Convenio 169 OIT, prevé: **“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. (...)”**. El artículo 4°, **“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. (...)”**

En ese sentido, al no contemplar el Congreso la consulta previa para la aprobación de leyes que impactaran en los derechos de poblaciones indígenas los demandantes quedan legitimados para presentar la acción de cumplimiento.

123 Ver: Artículos 26° y 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Adoptada el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980).

124 Ver: Artículos 55°, 56°, inciso 1, y 57° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Capítulo IV

ABSOLUCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE CUMPLIMIENTO

“Cómo podríamos empezar a cambiar la relación del Estado con las comunidades del país revalorando sus tradiciones y cultura? Bueno Yo creo que es importante comenzar a conocer al otro. Es básico respetar sus raíces, sus filosofías, sus conocimientos y sus sistemas de organización propios. Es súper importante. Y ayudar a empoderar esos propios, como el shiig pujut, que es el “buen vivir”, es la vida en armonía, según el principio de la horizontalidad, de una relación de igualdad, básicamente, donde nadie es superior al otro. De ahí parte el principio de respeto social y ambiental que nos han legado nuestros grandes sabios y sabias, a través de los tiempos. Entonces, se trata de salir del discurso de “Perú, un país pluricultural y multilingüe lleno de riquezas” O sea, se trata de dejar ese discurso, dejar de mirarnos como folclore, como fotografías para museos y libros de antropología. Por ejemplo, hacer efectiva la ley de lenguas, el derecho a la comunicación propia, el autogobierno y la libre determinación, sería un buen comienzo para cambiar la relación del Estado con las comunidades. Además, es una deuda histórica que el Estado tiene para las naciones originarias.

Y otra cosa que se podría hacer es, pues, tener representación propia en las entidades del gobierno que deciden sobre nuestros derechos o nuestros territorios, en búsqueda de soluciones conjuntas. Este sería otro gran paso para el cambio de estas relaciones gobierno-comunidad.”

Yanua Atamain. En: Marco Sifuentes. *Casi Bicentenarios.* Planeta. Lima-Perú. 2021. 79-80

4.1 Respeto al petitorio de la acción de cumplimiento

La procuraduría inicia su escrito de contestación señalando erróneamente que nuestra pretensión se dirige solo a modificar el Reglamento del Congreso de la República, lo cual devendría en improcedente por no ser ese el mandato expreso del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT; sin embargo, debemos recordar que nuestra pretensión busca principalmente el Cumplimiento del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, esto es, la adecuación del procedimiento de aprobación de leyes puesto que el primer inciso del artículo indica expresamente:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...” Entiéndase que el cumplimiento de este mandato se efectiviza cuando se permite una etapa de Consulta Previa en el procedimiento de aprobación de leyes; es por ello que solicitamos su adecuación; no obstante, esta podría darse, como se propuso en el escrito de demanda, a través de la modificación del Reglamento del Congreso de la República.

Debe tenerse claro que el Convenio fue suscrito con la finalidad de proteger los derechos e intereses de los pueblos indígenas y debido a ello se les reconoció el derecho a ser consultados de toda medida legislativa que pueda afectarles. En consecuencia, es obligación del Congreso adecuar su procedimiento de aprobación de leyes de manera que los pueblos indígenas puedan hacer valer su derecho a la Consulta Previa.

4.2. Respeto a los requisitos mínimos que debe cumplir el mandamus según el Tribunal Constitucional

Como ha señalado la procuraduría y como se desarrolló en el escrito de demanda, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 14 de la STC N° 0168-2005-AC, fijó cuales son los requisitos mínimos que debe cumplir el *mandamus* para el cumplimiento de una norma:

- a) **Ser un mandato vigente:** El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente en nuestro país desde el 2 de febrero de 1995, sus efectos han conllevado a la aprobación de leyes internas y la adecuación de los procedimientos de aprobación de proyectos de ley.
- b) **Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitativamente de la norma legal o acto administrativo:** El primer inciso del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT indica expresamente que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente; por lo que se infiere que el Congreso debe realizar la Consulta Previa de cada medida legislativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas y para ello necesita agregar las etapas necesarias en el procedimiento de aprobación de leyes.
- c) **No estar sujeto a controversia compleja ni interpretaciones dispares:** Lo ordenado por el artículo 6 del Convenio 169 del Convenio 169 de la OIT es absolutamente claro y puede ser cumplido mediante la Consulta Previa en la aprobación de leyes susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.
- d) **Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento:** El Convenio 169 de la OIT (i) fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático el 26 de noviembre de 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253, (ii) fue promulgado el 2 de diciembre de 1993, (iii) el Estado peruano hizo el registro internacional en la OIT el 2 de febrero de 1994 (fecha desde la que opera la ratificación internacional) y (iv)

entró en vigencia en nuestro país desde el 2 de febrero de 1995. Como se puede observar de los hechos, se cumplieron todas las formalidades necesarias para vincular las obligaciones del Congreso a lo estipulado en el Convenio 169; por ende, no es posible eludir lo aprobado y ratificado por su antecesor: el Congreso Constituyente Democrático.

- e) **Ser incondicional:** Como ya se precisó, el Convenio 169 en su totalidad fue aprobado y ratificado apropiadamente por las entidades competentes, por lo que su cumplimiento no se encuentra condicionado a ningún plazo o formalidad de cualquier índole al ser un convenio de aplicación efectiva e inmediata.

Se señala como excepción que podrá tratarse de un mandato condicional **siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria**. Sobre esto, reiteramos que la implementación de etapas necesarias y suficientes en el procedimiento de consulta previa en la aprobación de medidas legislativas que sean susceptibles de afectar a pueblos indígenas es la única manera de cumplir la Consulta Previa ordenada por el Convenio 169 de la OIT, esta es una inferencia básica que no implica interpretación compleja. De igual manera, la vigencia y obligatoriedad de este Convenio se origina en la Resolución Legislativa N° 26253, mediante el cual fue aprobado en nuestro país, por lo que no es necesario realizar actuación probatoria alguna.

4.3. Respecto a la supuesta ausencia de mandato cierto y claro en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

La Procuraduría del Congreso argumenta que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no constituye un mandato cierto y claro porque no establece que el Congreso de la República deba aprobar una Resolución Legislativa que modifique el Reglamento del Congreso de la República para que la Consulta Previa esté prevista en dicho cuerpo normativo.

Rechazamos este tipo de conclusiones disparatadas puesto que la procuraduría considera que, para ser un mandato cierto y claro, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT debería llevar una fórmula legal como “El Congreso de la Re-

pública del Perú deberá aprobar una Resolución Legislativa que modifique su Reglamento para que la Consulta Previa esté prevista en dicho cuerpo normativo”. Este razonamiento es ilógico en su totalidad.

El Convenio 169, como toda convención internacional, dictamina mandatos generales que deberán ser cumplidos por cada país que lo apruebe, en los términos que permita su legislación interna. En el caso particular, nuestro país aprobó y ratificó correctamente el Convenio 169, por lo que se encuentra obligado a incorporar la Consulta Previa en el procedimiento de aprobación de leyes susceptibles de afectar pueblos indígenas. En consecuencia, debe cumplir con adecuar su procedimiento de aprobación de leyes, sea mediante la modificación de su Reglamento o mediante la aprobación de otro mecanismo legal vinculante.

4.4. Sobre la supuesta existencia de controversia compleja en el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

Según la procuraduría, para la adecuación del procedimiento de aprobación de medidas legislativas, se requeriría la presentación de un proyecto de resolución legislativa, la cual debería ser decretado a la Comisión correspondiente, a efecto que sea dictaminado y pueda ser debatido y aprobado en el Pleno del Congreso, como lo disponen varios artículos del Reglamento del Congreso. En ese sentido, al existir “referencia de normas legales superpuestas que remiten a otras y estas a su vez a otras” sería necesaria “una actividad interpretativa compleja (...) a través de vías procedimentales específicas”.

Advertimos que lo solicitado no constituye un tema complejo debido a que existe el antecedente de la Consulta Previa de la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, **realizada por el propio Congreso de la República en el año 2009**, como constan en las páginas institucionales de SERFOR, MINAM y el propio Congreso de la República:

Este equipo, liderado por el Ministerio de Agricultura y Riego tuvo la responsabilidad de llevar adelante el proceso de elaboración de la Ley y por primera vez implementar un proceso de Consulta Previa libre e informada para la elaboración de esta norma.

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 29763, es la primera norma en el Perú que pasó por un proceso de Consulta Previa libre e informada a los pueblos indígenas, aun antes de haberse aprobado la Ley de Consulta Previa.

Esta Ley trae profundos cambios para el sector forestal y se convierte en el eje de la reforma del sector, algunos de los elementos más importantes de esta reforma están constituidos por el cambio en la institucionalidad, el cambio en el tratamiento a las plantaciones forestales, el reconocimiento del aporte de los pueblos indígenas y de la importancia del manejo forestal comunitario, la necesidad de simplificar los procedimientos vinculados a productos no maderables y la importancia del manejo y la promoción de los temas vinculados a fauna silvestre.

Fuente: SERFOR **Enlace:** <https://www.serfor.gob.pe/wp-content/uploads/2016/03/LFFS-Y-SUS-REGLAMENTOS.pdf>

Firma de Acta Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios sobre la Ley Forestal y de Fauna Silvestre

Firma de Acta Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios sobre la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.



Fuente: MINAM **Enlace:** <http://www.minam.gob.pe/fotos/gestion-de-las-direcciones/firma-de-acta-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-y-originarios-sobre-la-ley-forestal-y-de-fauna-silvestre/>



CONGRESO de la REPÚBLICA del PERÚ

Objetivos

OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY Y CONSULTA PREVIA

1. Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre proyecto de ley Nro 4141/2009-PE, presentado por el Poder Ejecutivo, ingresó para estudio a el 2 de julio del presente año a las comisiones Agraria y Descentralización, con el objetivo de ser debatido y analizado, contando con la participación de diversos actores sociales para el mayor conocimiento de las acciones a tomar después de aprobada la Ley.
2. La Comisión Agraria decide iniciar un proceso participativo e instala una Mesa de Trabajo para el análisis de la iniciativa, mediante un proceso participativo. Esta Mesa cuenta con 28 instituciones integrada por el Congreso de la República las comisiones de Agraria, Descentralización y Pueblos Andinos, Amazónicos, Poder Ejecutivo, gremios profesionales, organizaciones indígenas como AIDESEP y CONAP, ONGs y empresarios. En el proceso de consulta, la mesa sesionó 8 veces, donde se acordó realizar 5 audiencias descentralizadas para recabar aportes de la sociedad civil organizada, en Puerto Maldonado, Moyobamba, Chiclayo, Iquitos y Pucallpa.
3. La Comisión Agraria en cumplimiento del Convenio 169, las sentencia del Tribunal Constitucional y las Mesas 2 y 3, decidió realizar el proceso de consulta libre e informada para los pueblos indígenas sobre el proyecto de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, coordinando permanentemente con las organizaciones indígenas como la Aidesep y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú – CONAP, y la Defensoría del Pueblo en calidad de observador del proceso acordándose realizar estas reuniones en las 4 ciudades más importantes como: Satipo, Pucallpa, Iquitos y Tarapoto

Fuente: Congreso Enlace: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2010/agraria/ley_forestal/objetivos.htm

4.5. Respeto a la solicitud de cumplimiento presentada ante el Congreso de la República

Como se puede observar en el cargo anexado a la demanda, el 5 de abril del 2017 se presentó una Carta ante el Congreso de la República solicitándole que cumpla el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en consecuencia, se le solicitó que adecue su Reglamento a fin de incorporar las etapas necesarias para garantizar la Consulta Previa de las medidas legislativas susceptibles de afectar pueblos indígenas.

La procuraduría señala que este pedido fue remitido a la Comisión de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología para que emita el pronunciamiento correspondiente; sin embargo, han pasado 2 años y medio desde la presentación de la Carta y aún no se ha obtenido respuesta alguna.

Además, pone en conocimiento que el congresista Marco Arana Zegarra presentó el 9 de agosto del 2016 el Proyecto de Ley N° 0005/2016-CR, pro-

poniendo modificar 5 artículos del Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa. Sobre esto debemos señalar que el 16 de setiembre último presentamos un escrito a su judicatura solicitando la incorporación de la Defensoría del Pueblo en virtud de sus competencias constitucionales y al Oficio N° 113-2017-DP/AMASPPI que fue remitido al Congreso de la República con el Informe N° 001-2017-DP/AMASPPI-PPI que contenía su Opinión Técnica sobre el Proyecto de Ley N° 0005/2016-CR, mencionado por la procuraduría.

Aquel intercambio de comunicaciones ocurrió entre agosto del 2016 y marzo del 2017 y hasta la fecha se ha quedado estancado. Continuar esperando por un Dictamen sin permitir la Consulta Previa de los pueblos indígenas al proceso de aprobación de leyes que los afecten es evidentemente reprochable pues demuestra que el Congreso conoce de esta obligación, pero omite conscientemente su cumplimiento y desconoce abiertamente el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

4.6. Respetto a la confusión de la legitimidad procesal pasiva: Congreso y Congresistas

La procuraduría confunde convenientemente a quien le correspondería la legitimidad procesal pasiva de la presente demanda cuando señala que los demandados son los congresistas y estos, en virtud del artículo 93 de la Constitución, “no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación”.

Debemos resaltar que la presente demanda va dirigida contra el Congreso de la República como persona jurídica competente de regular y adecuar el procedimiento de aprobación de medidas legislativas para garantizar el ejercicio del derecho a la Consulta Previa en la aprobación de normas que puedan afectarles, independientemente de los 130 congresistas que puedan pertenecer o variar en cada periodo legislativo.

Asimismo, la obligación de cumplir el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT nace del Congreso Constituyente Democrático, su predecesor directo, en 1992. En consecuencia, el “mandato imperativo” ha sido originado por voluntad

expresa de la entidad antecesora y rehusarse a cumplirlo es similar a omitir los mandatos originados por sí mismos y sería una conducta inconstitucional.

4.7. Respetto a la vía procedimental y la reconversión de oficio de considerarlo conveniente

A pesar de estimar que la presente causa debe llevarse adelante en el proceso de cumplimiento, consideramos pertinente informar a su despacho que, de creerlo conveniente, puede reconvertir los actuados en un proceso de amparo aplicando el fundamento N° 9 de la STC N° 003140-2010-PC del Tribunal Constitucional:

“(...) cuando una demanda ha sido mal planteada, pese a que el Tribunal está autorizado a disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda, también puede disponer la reconversión de un proceso constitucional en otro, si es que las circunstancias así lo ameritan. Esto se puede dar, tal como lo ha ido reconociendo nuestra jurisprudencia (efi: fundamentos 5 de la SIC N.º 0249-2005-PC/TC, 4 de la SIC N.º 1052-2006-PIID/TC, 8 de la SIC N.º 4080-2004-AC/TC y 5 de la STC N.º 2763-2003-AC/TC), bajo ciertas reglas, a saber:

- (i) que los jueces de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales (tanto el amparo como el habeas data y el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil, tal como se establece para el primero en el artículo 51° del Código Procesal Constitucional, y se extiende para los otros dos en los artículos 65.0 y 74. Y del mismo cuerpo normativo);*
- (ii) que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante (sólo se podrá admitir la conversión si la pretensión planteada en la demanda es respondida por el juzgador a través de la sentencia que va a emitir);*
- (iii) que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto (que, siguiendo el contenido del artículo 9° del Código Procesal, no deban actuarse pruebas adicionales en el proceso, el mismo que*

debe ser resuelto con las herramientas que el mismo expediente brinda);

- (iv) que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional (si bien se estaría yendo en contra del cauce normal de un proceso, la autonomía procesal y el principio de informalidad que rige este tipo de proceso, además de los principios de dirección judicial del proceso, pro actione y economía procesal, previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal constitucional, autorizan a canalizar la búsqueda de justicia, como valor supremo de la Constitución, a través de la judicatura constitucional);*
- (v) que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse (es cierto que la búsqueda natural de protección de quienes reclama el resguardo de un derecho a través de un proceso constitucional hace que este se convierta en un proceso de tutela urgente, toda vez que se consideran improcedente las demandas cuando existan vías procedimentales específicas, tal como lo expresa el artículo 5.º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, pero en los casos de reconversión se hace necesario que el caso no sea solo apremiante, sino, además, que sea considerablemente perentorio e inminente, elemento que ha quedado claramente establecido en el fundamento 5 de la STC N.º 2763-2003-AC/TC);*
- (vi) que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse (se considera que el juzgador es consciente del tipo de fallo a emitirse, pese a que existe un error en la tramitación de la demanda, debe ordenar su conversión, tal como se ha dejado sustentado en la STC N.º 0249-2005-PC/TC).”*

En el presente caso, (i) el juez constitucional es competente para el proceso de cumplimiento y el proceso de amparo, (ii) nuestra pretensión gira en torno al cumplimiento del artículo 6 del Convenio 169º de la OIT y el respeto al derecho a la Consulta Previa de las medidas legislativas, (iii) como organizaciones representantes de pueblos indígenas y asociaciones sin fines de lucro velamos por los intereses difusos y colectivos que se originan del derecho a la Consulta Previa, (iv) la reconversión del proceso respetaría los

principios de dirección judicial del proceso, *pro actione* y economía procesal puesto que evitaría iniciar una nueva demanda después de 2 años de litigio, lo que nos expondría una nueva calificación y a mayor carga procesal, (v) es necesario el pronunciamiento de fondo debido a que la procuraduría del Congreso ha demostrado no tener interés ni intención de implementar el derecho de Consulta Previa en el procedimiento de aprobación de leyes a pesar de afectarlos directamente y (vi) el fallo a emitir puede subsumirse en el cumplimiento del artículo 6 del Convenio 169° de la OIT o en la protección al derecho a la Consulta Previa que de este emana.

Finalmente, adviértase que ha quedado fehacientemente demostrada también la afectación continua y permanente del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas desde 1995 hasta la actualidad (2019) y salvo se declare fundada la demanda semejante conducta lesiva del citado derecho constitucional indígena se prologara de manera indefinida generando conflictos sociales y afectación directa a poblaciones altamente vulnerables.

4.8. Sentencia de la Corte Suprema que reafirma la obligación del Estado peruano de realizar la consulta previa del estudio de impacto ambiental

El 24 de octubre del 2019, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema resolvió una acción popular que buscaba la derogación de normas infralegales que creaban supuestos de exoneración de consulta previa no considerados en el Convenio 169 de la OIT ni en la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley N° 29785.

Independientemente del fallo tomado en la sentencia A. P. N° 29126-2018 LIMA, el colegiado identificó una lista de 14 estándares internacionales sobre el cumplimiento de la consulta previa sustentados en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Perú y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre ellos, son importantes para el desarrollo del presente caso:

“1. Se debe efectuar la consulta previa a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

Esto significa que la consulta previa debe realizarse cada vez que se apruebe una medida legislativa independientemente de que se encuentren relacionadas a un mismo proyecto o a un mismo fin. Cada una de estas medidas podrá ser consultada individualmente en varios procesos de consulta o conjuntamente en uno solo, priorizando siempre la identificación, información y debate de cada una.

“9. Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas.”

Toda medida legislativa pasa por varias etapas para alcanzar su aprobación y promulgación, por ende, cada norma legal que afecte derechos de los pueblos indígenas debería ser objeto de consulta previa durante su formación; sin embargo, el actual procedimiento legislativo no incluye ninguna etapa en la cual se pueda realizar la consulta previa legislativa ni considerar los acuerdos tomados con los pueblos indígenas. Adviértase que la incorporación de comités consultivos, grupos de trabajo o incorporación de propuestas no reemplazan la obligación de realizar la consulta previa legislativa.

“14. Es obligación de los Estados no solo de realizar la consulta previa, sino también de obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucren desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias.”

Algunas medidas legislativas han promovido la priorización de proyectos extractivos o de infraestructura, mediante la expropiación de territorios

ancestrales o el establecimiento de servidumbres impactando gravemente sobre los derechos colectivos de los pueblos originarios y su subsistencia física y cultural.

Por todo ello, solicitamos que, a efectos del presente caso, se consideren tanto la sentencia citada como los estándares desarrollados en su contenido para superar el control de constitucionalidad y convencionalidad propuestos por la Corte Suprema.

4.9. Evidencia de vulneración del derecho a la consulta previa legislativa: aprobación del Proyecto de Ley N°01210/2021-CR

El día jueves 20 de octubre el Congreso de la República aprobó en segunda votación el Proyecto de Ley N° 01210/2021-CR, Ley que declara de necesidad nacional e interés social, el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas, para incorporar en el proceso de formalización a los pobladores que formen parte de posesiones informales constituidas del 2004 al 2015 con fines de vivienda sobre propiedad comunal, que busca modificar el artículo 2 de la Ley No 24657, modificado por las leyes 26845 y 27046, en los siguientes términos:

“Artículo 2. El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de la reforma agraria. Las tierras originarias comprenden: Las que la comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos. No se consideran tierras de la Comunidad: b) Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2015, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes. Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad.”

Es Evidente que este proyecto de ley que busca formalizar a los invasores de territorios indígenas afecta a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, por lo que debió ser objeto de debate con la sociedad y de consulta previa con los pueblos indígenas, máxime si implica un recorte o pérdida de propiedad o posesión ancestral y además impacta directamente en la subsistencia física y cultural de las poblaciones indígenas.

Esta conducta desplegada por el Congreso de la República es una violación flagrante de la obligación internacional asumida por el Estado peruano de consultar toda medida legislativa que afecta a los pueblos indígenas y evidencia la necesidad de que el Poder Judicial ampare la pretensión de las organizaciones indígenas demandantes cuyo único interés es que se garantice la consulta previa legislativa y no se continúe con el estado de Cosas Inconstitucional en la que nos encontramos. Asimismo, dejamos constancia de que las organizaciones indígenas demandantes hemos enviado requerimientos al Congreso de la República para que cumpla con efectuar la consulta previa legislativa sin que hasta la fecha se atiendan nuestras peticiones.



Fuente: Onamiap Enlace: <https://www.facebook.com/photo/?fbid=491265306376361&set=a.477743161061909>

Capítulo V

CONSECUENCIAS DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR LA CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA

“Tanto Drinot como Manrique afirman que, según los planteamientos racistas, la solución al “problema indígena” consistiría en “desindigenizarlos”. Aquí será muy importante examinar esto en términos históricos, pero veamos antes sus aspectos analíticos, en particular la dimensión biológica y la cultural. Me pregunto por qué Drinot y Manrique no mencionan que la primera no fue pensada seriamente, ni siquiera en el campo de su mero planteamiento formal, por más que fuera proclamada por diversos portavoces. No lo era porque ese camino hubiera implicado cruzar hombres blancos con mujeres indígenas, lo cual nunca fue una posibilidad real: la migración europea inducida fue de parejas y familias completas; por lo tanto, el cruce está excluido. Por su parte la solución cultural a través de la desingenización implica, tanto de parte de quienes la proponían como de sus críticos, que habría rasgos culturales intrínsecos e identitarios de tal población. Para los primeros era la ignorancia, la superstición, la falta de higiene, la irracionalidad. Quien pensase que esos rasgos estaban biológicamente determinados no podía concluir sino en el exterminio como solución. Si

su explicación no era biológica, obviamente el principal camino para la solucionar el problema era la educación (la escuela) y la reeducación (el Servicio Militar Obligatorio)."

Nelson Manrique. Racismo, una mala palabra. Acerca de un texto de Guillermo Rochabrún. En: MINCU. Racismo, ¿solo un juego de palabras? IEP. Lima- Perú. 2014. p.20-21

La consulta previa legislativa es fundamental para poder incorporar el enfoque intercultural en las políticas públicas siendo el primer paso para un proceso más largo que es incorporar representantes indígenas en los diversos poderes del Estado, empezando por el Congreso de la República, siguiendo por los diversos organismos del Poder Ejecutivo y el resto de órganos constitucionales, solo así podríamos lograr que la cuarta parte del país que es indígena se sienta representado por el Estado Peruano. No esta demás recordar que el Viceministerio de Interculturalidad y sus diversas direcciones son ocupadas actualmente por personas que no son representantes de pueblos indígenas y aún peor no son indígenas condición fundamental para poder comprender la problemática de estas poblaciones originarias.

No cabe duda que la acción de cumplimiento que obligara al Congreso de la República ha incorporar la consulta previa de las leyes que afectan a los pueblos indígenas será un hito histórico de igual relevancia que el "Baguazo" lo fue en la implementación de la consulta previa en el Poder Ejecutivo. Recordemos que dijo la sentencia de primera instancia:

- “1. **DECLARAR** impropcedente la demanda constitucional de cumplimiento.
2. **EXHORTAR** al Congreso de la República a través de su presidente y Consejo Directivo, para que agende al pleno en la presente legislatura, el proyecto de reforma del reglamento interno del Congreso conforme lo expuesto en los considerandos de la presente sentencia.”

Si bien, la demanda se declara impropcedente, el juez reconoce que existe la obligación del Poder Legislativo de implementar la consulta previa de las

leyes que pueden afectar a los pueblos indígenas por lo que lo exhorta a modificar su reglamento interno para poder efectivizar dicho derecho indígena. Si bien la Procuraduría del Congreso de la República impugna esta decisión lo hace de manera extemporánea por lo que queda se declara improcedente por extemporáneo el recurso de apelación mediante resolución quince del 21 de septiembre del 2021.

No obstante, ello, CNA, ONAMIAP e IDLADS apelan la sentencia el 07 de septiembre del 2021, la cual se concede y posteriormente, el 06 de octubre del 2022 se emite la Sentencia la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, la que es notificada a las partes, recién el 26 de enero del 2024, donde se indica lo siguiente:

“REVOCAR la sentencia contenida en la Resolución N° 13, de fecha 23 de febrero del 2021, únicamente en el extremo que declaró improcedente la demanda constitucional de cumplimiento, y reformándola declararon fundada la demanda interpuesta, en consecuencia, se ordena al Congreso de la República, cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica que conforme a lo señalado en la presente resolución, deba debatir en el pleno del Congreso, y con el carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, el Proyecto de Ley 05/2016-CR. Con costos procesales.”

Recordemos que el petitorio de la demanda era que se ordene al Congreso de la República cumpla con realizar la consulta previa a las leyes que impactan en los derechos colectivos de pueblos indígenas, lo que implica adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y el Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995.

En ese sentido, la segunda instancia fue bastante conservadora cuando si bien es cierto “ordena al Congreso de la República, cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas,” que es jus-

tamente lo que se peticionaba, el problema es lo que añade después “*lo que implica que conforme a lo señalado en la presente resolución, deba debatir en el pleno del Congreso, y con el carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, el Proyecto de Ley 05/2016-CR.*” Adviértase que no fue exactamente lo que solicitamos por lo que en aplicación al principio de congruencia procesal debe entenderse como una forma de dar cumplimiento a la sentencia pero no el único camino.

Y esta interpretación es acorde con lo que los pueblos indígenas vienen manifestando con posterioridad a la emisión de la sentencia, que es descartar dicho proyecto de ley, e iniciar la construcción de un nuevo proyecto de ley sobre consulta previa legislativa que reciba los aportes de las organizaciones indígenas regionales y nacionales, así como que eventualmente se consulte como ocurrió con el reglamento de la ley de consulta previa o los reglamentos de la ley forestal y fauna silvestre.

Sin duda, nos espera un largo camino, pues más allá, de que formalmente el expediente para su ejecución deba ser derivado por la Primera Sala Constitucional de Lima, al juzgado de origen, lo real es que posiblemente el trámite para la ejecución, ocurrirá en marzo y abril del 2024. Los primeros apercibimientos del juzgado de origen son posible se produzcan entre mayo y junio del 2024, siendo previsible que el Procurador del Congreso dilatará lo más posible el cumplimiento de la sentencia e incluso es seguro que solicitará un plazo adicional para la ejecución, lo cierto es que no parece realista que el Congreso actual este dispuesto a implementar la consulta previa legislativa pues se encuentra abocado a reformas políticas para las próximas elecciones generales.

En este contexto es importante revisar las impresiones de las organizaciones indígenas demandantes a través de sus notas de prensa:

“Poder Judicial ordena al Congreso cumplir con nuestro derecho a la consulta previa legislativa

El 26 de enero la Primera Sala Constitucional del Poder Judicial notificó al Congreso de la República la sentencia del proceso de cum-

plimiento que le ordena realizar la consulta previa de leyes y aprobar una ley sobre el procedimiento de esa consulta.

En el año 2017 las organizaciones indígenas **Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP)** y Confederación Nacional Agraria (CNA) interpusieron una demanda de cumplimiento contra el Congreso para la aplicación de la consulta previa legislativa sobre los proyectos de ley que pueden afectar derechos de pueblos y mujeres indígenas. Ello en cumplimiento del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en vigencia en nuestro país desde 1995; y en cumplimiento de la propia Ley de Consulta Previa, Ley 29785 aprobada por el propio Congreso de la República.

En el año 2021, el Décimo Juzgado Constitucional había declarado improcedente la demanda en primera instancia, sin embargo, había exhortado al Congreso a aprobar una ley sobre la consulta previa legislativa al ser un derecho vigente de los pueblos indígenas u originarios del país. Esta sentencia fue apelada en la medida que no había argumentos para declarar improcedente la demanda.

Ahora la Primera Sala Constitucional ha revocado la sentencia de primera instancia y declaró: “fundada la demanda ordenando al Congreso de la República que cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica que conforme a lo señalado en la presente resolución, deba debatir en el pleno del Congreso, y con el carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, el Proyecto de Ley 05/2016-CR”.

En todo el proceso judicial, el Congreso había respondido la demanda negándose a cumplir con este derecho de los pueblos indígenas u originarios, sin embargo, esta reciente sentencia es inapelable, por lo tanto, exigimos al Congreso cumplir con la resolución judicial y

garantizar el derecho a la consulta de los pueblos y mujeres indígenas en el Perú.”¹²⁵

Podemos apreciar que ONAMIAP si bien saluda la sentencia y la implementación de la consulta previa legislativa también es consciente de que el proyecto de ley sobre el tema debe ser sometido a una intensa participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas:

“Exigimos participación, consulta y consentimiento sobre el Proyecto de ley de consulta previa legislativa

ONAMIAP y CNA ganaron la demanda de Acción de Cumplimiento contra el Congreso de la República, en la Sentencia se ordena al Congreso a cumplir con la consulta previa legislativa, para ello se debe celebrar un proceso en el que se garantice la participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas sobre el mecanismo de la consulta previa legislativa.

A fines de enero, la Primera Sala Constitucional del Poder Judicial notificó la sentencia inapelable del expediente N.º 08243-2017-0-1801-JR-CI-10, la cual ha reiterado la obligación del Congreso de la República a realizar consultas previas sobre las medidas legislativas a aprobarse por el propio Parlamento que puedan afectar a los pueblos indígenas. Este fallo se emite en cumplimiento del Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, la jurisprudencia de la Corte IDH, instrumentos internacionales sobre derechos de pueblos indígenas adoptados por el Estado y la Ley de Consulta Previa 29785, aprobada por el propio Congreso de la república.

Asimismo, la sentencia afirma que, para el cumplimiento de la consulta previa legislativa, el Congreso debería debatir y aprobar un proyecto de ley que modifique el reglamento del Congreso para establecer un procedimiento, “lo que implica que, conforme a lo señalado en la presente resolución, deba debatir en el pleno del Congreso, y con el carácter

125 ONAMIAP Enlace: <https://www.onamiap.org/post/poder-judicial-ordena-al-congreso-cumplir-con-nuestro-derecho-a-la-consulta-previa-legislativa>

de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, el Proyecto de Ley 05/2016-CR”.

Cabe recordar que, en el año 2016, el grupo parlamentario Frente Amplio presentó el proyecto de ley número 005/2016-CR, que propone la resolución legislativa para modificar el reglamento del Congreso, y así incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les puedan afecten. Esta iniciativa legislativa fue actualizada, a solicitud de la congresista Ruth Luque, y actualmente está signada como Proyecto de Ley 766/2021-CR. Dicha iniciativa legislativa fue remitida en el 2021 a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso; sin embargo, a la fecha no ha sido debatida ni cuenta con dictamen.

The infographic features a dark red background with white and yellow text. At the top left is the logo for 'OBSERVATORIO NACIONAL COMITÉ DE CONSULTA PREVIA'. The main title is '¡EXIGIMOS PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO sobre el proyecto de ley de CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA!'. Below this, a paragraph states that ONAMIAP and CNA won a demand for fulfillment against the Congress of the Republic, ordering the Congress to comply with legislative consultation, with the guarantee of participation, consultation, and consent from indigenous communities. At the bottom, two women are shown holding protest signs. The sign on the left reads 'Exigimos el DERECHO COLECTIVO a la CONSULTA PREVIA Intergeneracional en las Comunidades Indígenas'. The sign on the right reads 'LA CONSULTA PREVIA SI O SI!! EN LAS LLEN NATIVAS ORIGINARIAS'. The ONAMIAP logo is in the bottom right corner.

OBSERVATORIO NACIONAL
COMITÉ DE CONSULTA PREVIA

¡EXIGIMOS
PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO
sobre el proyecto de ley de
CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA!

ONAMIAP y CNA ganaron la demanda de Acción de Cumplimiento contra el Congreso de la República, en la Sentencia se ordena al Congreso a cumplir con la consulta previa legislativa, para ello se debe celebrar un proceso en el que se garantice la participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas sobre el mecanismo de la consulta previa legislativa.

Exigimos el **DERECHO COLECTIVO** a la **CONSULTA PREVIA Intergeneracional** en las **Comunidades Indígenas**

LA CONSULTA PREVIA SI O SI!! EN LAS LLEN NATIVAS ORIGINARIAS

ONAMIAP

En ese sentido, solicitamos que el PL 766/2021-CR sea remitido a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología y se inicie un proceso de consulta previa sobre el texto del proyecto de ley con las organizaciones indígenas nacionales, y que este proceso garantice los derechos a la participación, consulta y consentimiento.

El 9 de febrero ONAMIAP remitió una comunicación al Congreso exigiendo que en cumplimiento de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 08243-2017-0-1801-JR-CI-10 se inicie un proceso de CONSULTA PREVIA del proyecto de ley 766/2021-CR con las organizaciones indígenas.

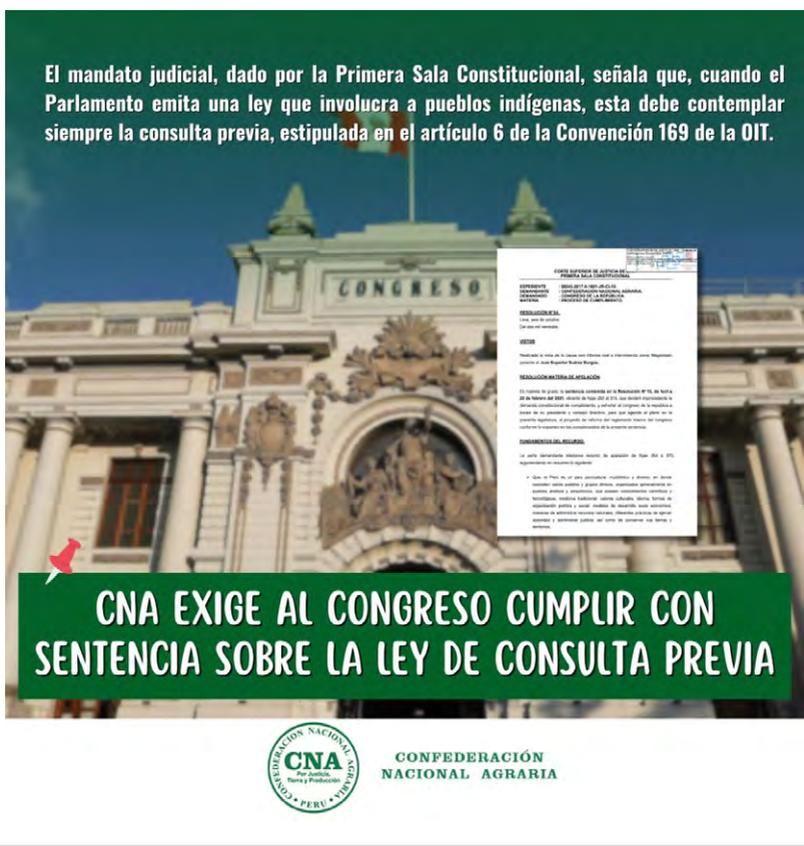
Para ello, solicitamos que el PL sea remitido a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología y que el proceso de aprobación de la iniciativa legislativa garantice los derechos a la participación consulta y consentimiento.”¹²⁶

La Confederación Nacional Agraria-CNA también saluda la sentencia de la siguiente forma:

“La Confederación Nacional Agraria (CNA) demanda al Congreso cumplir con la sentencia del Poder Judicial que les ordena acatar con la Ley de Consulta Previa. El mandato judicial, dado por la Primera Sala Constitucional, señala que, cuando el Parlamento emita una ley que involucra a pueblos indígenas, esta debe contemplar siempre la consulta previa, estipulada en el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT.

126 ONAMIAP **Enlace:** <https://www.onamiap.org/post/exigimos-participaci%C3%B3n-consulta-y-consentimiento-sobre-el-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-legisl?fbclid=IwAR2D-nV6mUeqO5ZlzaKbtpHnap1ZZCf5g7lrnx74pd60hkl41xHotg0zjGx0>

El mandato judicial, dado por la Primera Sala Constitucional, señala que, cuando el Parlamento emita una ley que involucra a pueblos indígenas, esta debe contemplar siempre la consulta previa, estipulada en el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT.



CNA EXIGE AL CONGRESO CUMPLIR CON SENTENCIA SOBRE LA LEY DE CONSULTA PREVIA



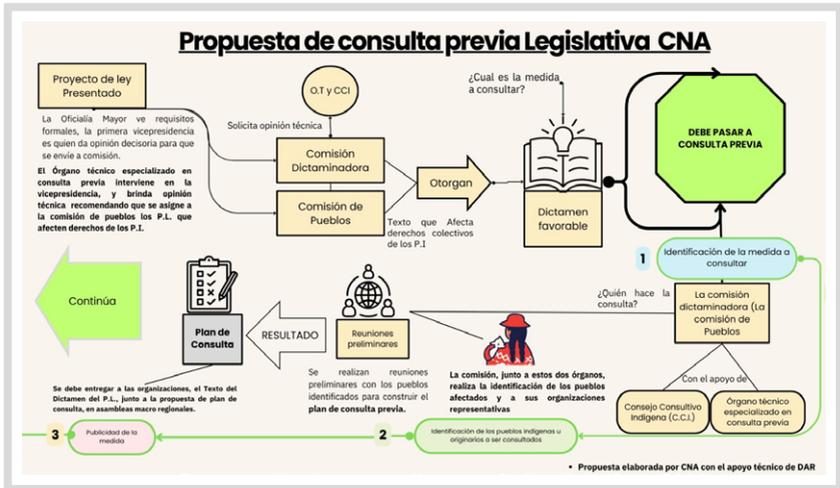
CONFEDERACIÓN NACIONAL AGRARIA

La sentencia de la Primera Sala Constitucional es del 6 de octubre del 2022, hace un año y tres meses, y hasta ahora no ha sido notificada al Congreso para su cumplimiento. “Luego de 25 años de omisión, vía una sentencia constitucional, se logró que se le ordene al Congreso regular su procedimiento legislativo para la consulta previa”, sostiene Henry Carhuatocto, abogado de la CNA y director del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y del Desarrollo Sostenible (IDLADS). Con la sentencia, el Congreso debe modificar su reglamento para adecuarla a Ley de Consulta Previa. “Esta es la oportunidad para que los pueblos indígenas y campesinos podamos dialogar con el Congreso”,

señala Rosalía Clemente, presidenta de la CNA, quien anuncia que esta semana presentarán un escrito para solicitar al Poder Judicial que notifique al Parlamento.

La CNA es una organización gremial de hombres y mujeres campesinos, pequeños y medianos productores agrarios y pueblos originarios. Tiene 21 federaciones regionales en la Costa, los Andes y la Amazonía, reivindica y defiende los intereses de los pueblos del campo promoviendo su liderazgo para el respeto de sus derechos, modos de producción y medios de vida.¹²⁷

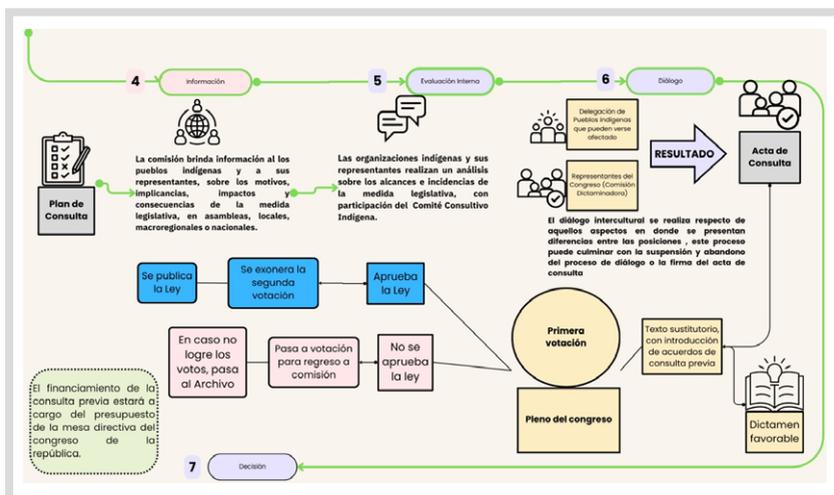
Actualmente existe una propuesta de la Confederación Nacional Agraria de Consulta Previa formulada con el apoyo de Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR):



Fuente: DAR (2024)

127 CNA. Enlace: https://www.cna.org.pe/cna-exige-al-congreso-cumplir-sentencia-la-ley-consulta-previa/?fbclid=IwAR1ttcYyPXs2qARaW0fBh5yQ5b5Vbxbx_Gc8nG7faZWt4NaXTQR-NV-OhSew

El Proyecto de Ley que afecta a derechos colectivos indígenas puede ser elaborado por un despacho congresal, el que será remitido a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología para que elabore el Dictamen correspondiente que de ser favorable determinaría que sea sometida a consulta previa, debiendo la propia comisión hacer las veces de la entidad conductora del procedimiento de consulta previa, responsable de identificar a los pueblos indígenas afectados, elaborar el plan de consulta previa y llevar adelante el resto de las etapas del procedimiento de consulta previa tales como la publicidad de la medida, información, evaluación interna, diálogo y la adopción de la decisión considerando los acuerdos arribados con las poblaciones indígenas, en el proyecto de ley, modificando su versión original conforme a ello. Posteriormente, el texto sustitutorio del proyecto de ley recién ingresaba a ser sometido al pleno del Congreso en primera votación, en caso se aprobada sin modificaciones podía ser aprobada si se exoneraba de segunda votación o si en segunda votación se reiteraba su aprobación. En caso que se apruebe en primera votación regresaba a la Comisión para levantar las observaciones que pudo haber realizado el pleno, cuyos cambios de producirse deberían ser sometidos a consulta previa o en caso no se levanten las observaciones o reformule el proyecto de ley su destino era el archivo.



Fuente: DAR (2024)

El problema es que esta propuesta tendría que actualizarse pues el 06 de marzo del 2024, el Pleno del Congreso aprobó, en segunda votación, el dictamen recaído en los proyectos de ley 660, 724, 792, 1044, 1091, y otros, que propone la reforma constitucional que restablece la bicameralidad en el Parlamento Nacional. La decisión se adoptó por 91 votos a favor, 31 en contra y tres abstenciones, luego de un debate de casi dos horas y un breve receso para una reunión de los directivos portavoces.¹²⁸

La noticia de la sentencia sobre la consulta previa legislativa fue celebrada también por organizaciones no gubernamentales como Derecho Ambiente y Recursos Naturales-DAR de la siguiente forma:¹²⁹

“Poder Judicial del Perú reafirma derecho de los pueblos indígenas a consulta previa de leyes que puedan afectarlos

- *Sentencia favorece a pueblos indígenas, y permitirá que los proyectos de ley que les afecten sean sometidos a una consulta previa.*
- *Congreso debe acatar Sentencia de Corte Superior de Justicia de Lima con carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria.*

128 Congreso de la República. Pleno aprueba en segunda votación reforma constitucional que permite el retorno de la bicameralidad. Enlace: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/pleno-aprueba-en-segunda-votacion-reforma-constitucional-que-permite-el-retorno-de-la-bicameralidad/>

129 DAR Enlace: <https://dar.org.pe/poder-judicial-del-peru-reafirma-derecho-de-los-pueblos-indigenas-a-consulta-previa-de-leyes-que-puedan-afectarlos/#:~:text=y%20Recursos%20Naturales-,Poder%20Judicial%20del%20Per%C3%BA%20reafirma%20derecho%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas,de%20leyes%20que%20puedan%20afectarlos&text=Sentencia%20favorece%20a%20pueblos%20ind%C3%ADgenas,sometidos%20a%20una%20consulta%20previa.>



Lima, 29 de enero de 2024.- Las leyes son mucho más que un texto sobre papel, ya que el trasfondo de cada disposición tiene el potencial de cambiar la vida de millones de peruanos. En esa línea se ubica la reciente sentencia de expediente N° 08243-2017-0-1801-JR-CI-10 dada por la Corte Superior de Justicia de Lima, que constituye un hito histórico para el reconocimiento de los derechos indígenas en el Perú.

La Sentencia exige al Congreso de la República el cumplimiento del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT¹³⁰, convenio madre del derecho a

130 Dicho artículo establece, entre otros, que los Gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Ver Convenio 169 de la OIT.

la consulta previa; y con ello, que implemente el derecho a “la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas”. Dicha Sentencia fue notificada el último 26 de enero a la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) y a la Confederación Nacional Agraria (CNA), que impulsaron la acción legal que le dio origen, bajo la asesoría legal del Instituto IDLADS y con el apoyo de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR).

Sobre ella, Rosalía Clemente, presidenta de la CNA, refiere “esta Sentencia nos fortalece como sujetos políticos y recuerda que toda medida –no solo las administrativas, sino también las legislativas– que puedan afectarnos como pueblos indígenas deben ser sometida a consulta previa. Así podemos velar por que las decisiones de los congresistas beneficien a los pueblos y no nos afecten negativamente”.

Leyes inconsultas

Si bien la sola existencia del Convenio 169 de la OIT es suficiente para aplicar la consulta previa a las medidas legislativas que puedan afectar los derechos indígenas, con esta sentencia se reafirma la urgencia de su aplicación en el Perú, nunca antes dada.

“Haciendo un recuento tan solo de los últimos meses, la aprobación de la controversial modificatoria a la Ley Forestal peruana¹³¹, que promueve la deforestación en el país; de la Ley de creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura y su reglamento; y de normas que declaran de interés nacional el impulso a carreteras, incluyendo proyectos que atraviesan territorios indígenas, tales como la Leyes N° 31931, N° 31938 y N° 31977, son ejemplos claros –ahora más que nunca– de medidas en las que no debió saltarse la consulta previa”, sostiene Henry Carhuatocto, presidente del Instituto IDLADS Perú.

Asimismo, Diego Saavedra, líder de proyecto del programa Derechos de DAR, afirma que “treinta años después de ratificar en Perú el Convenio

131 Se refiere al Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 649, 849 y 2315/2021-CR, que propone la «Ley que modifica la Ley Forestal 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y aprueba disposiciones complementarias orientadas a promover la zonificación forestal».

169 de la OIT, el Congreso tiene nuevamente en sus manos el resolver parte de la deuda histórica sobre consulta previa. No obstante, si bien la Sentencia representa una gran noticia, es cuestionable que nuevamente en el país deba llegarse a instancias judiciales para que se respeten los derechos de los pueblos indígenas”.

Según determina la Sentencia¹³², el Congreso debe debatir con carácter de urgencia en el próximo Pleno ordinario o extraordinario el PL N° 005-2016/CR, Proyecto de resolución legislativa que modifica el reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten.

Es clave que el debate de este proyecto de ley incluya la participación y propuestas de las organizaciones indígenas nacionales. La adecuación del reglamento del Congreso peruano para que se respete el derecho a la consulta previa debe tomar en cuenta los estándares internacionales. Recordemos que la consulta previa es un mecanismo que permite un diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas para hacerlos parte de las decisiones de las autoridades, mejorándolas y haciéndolas sostenibles.”

La noticia de la sentencia que ordenaba la implementación de la consulta previa legislativa fue rebotada por medios de comunicación nacionales, sin encontrar, un pronunciamiento oficial del Congreso de la República o Congresista en particular, salvo el caso de la Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, Ruth Luque Ibarra, quien solicitó a la Presidencia del Congreso de la República que exhorte a la Comisión de Constitución y Reglamento que se dictamine el proyecto de ley 766/2021-CR a fin de debatir el procedimiento de Consulta Previa Legislativa de los Pueblos Indígenas u Originarios según lo indicado en reciente sentencia del Poder Judicial. A mayor abundamiento veamos la nota de prensa del despacho de la Congresista:

132 Ver Sentencia de referencia, p. 10.

“El día de hoy en mi calidad de Pdta de la Comisión de Pueblos AndinosAAA hemos remitido oficio al Pdte del @congresoperu para que en atención a la reciente sentencia sobre #ConsultaPrevia emitida por el Poder Judicial, el PL 766/2021 sea dictaminado y debatido.” Oficio en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3SLM2n6>



A la fecha la citada comunicación no ha sido respondida, no obstante, que el Congreso ya se encuentra en pleno funcionamiento desde inicio de marzo del 2024. Sin duda, la pregunta es cuales son los pasos a seguir desde lo procesal constitucional y lo político:

- a) **Desde lo procesal constitucional.** - Corresponde como primer paso solicitar a la Primera Sala Constitucional de Lima que encontrándose sentenciado el caso lo derive al juzgado de origen para que se inicie la

ejecución, lo que a la fecha ya se ha gestionado mediante el Modulo de Atención al Usuario (MAU) del Poder Judicial como se puede apreciar a continuación:

Ticket 2024020511964513

Fecha de Atención: 05/03/2024 11:14:00

Detalle: SE HA PUESTO A CONOCIMIENTO AL AREA DE PERTINENTE.

***** Ticket - Detalle *****

Fecha y hora generada: 05/02/2024 11:29:14

Tipo de Consulta: Proveido de escritos - Escritos atrasados

Dependencia: 1º SALA CONSTITUCIONAL

Numero de Expediente: 08243-2017-0-1801-JR-CI-10

Detalle de Consulta: SOLICITO DEVOLVER EL EXPEDIENTE AL JUZGADO DE ORIGEN PARA QUE SE EJECUTE LA SENTENCIA NOTIFICADA EL 26 DE ENERO DEL 2024, LA DEMORA EN DICHO TRÁMITE IMPIDE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estado: **Atendido**

Posteriormente, la CNA e IDLADS presentaran un escrito para solicitar en el juzgado de origen inicie la ejecución de la sentencia y se aperciba al Congreso, en su oportunidad, ONAMIAP, realizará lo propio. Ciertamente, una sentencia constitucional de la naturaleza que estamos por ejecutar, por sus implicancias en la democracia peruana, debemos considerar que abarcará varios años, pudiendo no ser el actual Congreso, el que defina el tema sino el próximo, considerando sobre todo las usuales maniobras dilatorias de su procuraduría.

- b) Desde lo político.** - Ciertamente, existe mucha desconfianza del actual Congreso que no ofrece las garantías políticas necesarias para poder permitir la participación de las organizaciones indígenas en el diseño del procedimiento parlamentario para la consulta previa de las leyes. Sin embargo, existiendo predisposición de la Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, Ruth Luque Ibarra, de trabajar un proyecto de ley sobre consulta previa legislativa con las organizaciones indígenas resulta adecuado concretar dicha promesa e ir avanzando en los aspectos básicos de la norma, incluso poniéndose como meta una socialización de la propuesta a nivel nacional con las diversas organizaciones indígenas del país y un dictamen favorable de esta comisión.

No parece viable que el actual Congreso pueda debatir en el pleno, la consulta previa legislativa, especialmente porque no es parte de la agenda política de ningún partido político este tema y los escasos Congresistas que puedan estar interesados en apoyarlos difícilmente podrían convencer a los voceros de las otras bancadas por lo que mientras se espera un momento político adecuado se puede estar buscando la participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas sobre el proyecto de ley que se elabore en la Comisión de Pueblos con la participación de las diversas organizaciones indígenas.

A modo de conclusión podemos decir que al declararse fundada la demanda se ordenó al Congreso de la República que cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, por lo que, en caso, dilate en exceso el Congreso de la República el cumplimiento del mandato puede el juez de la causa aplicar el artículo 27 del Nuevo Código Procesal Constitucional que indica lo siguiente:

“Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales. Para el cumplimiento de las sentencias y de acuerdo con el contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional, el juez debe:

- 1) *Velar porque la sentencia se cumpla según sus propios términos, actuando con la prudencia e imperatividad que las circunstancias del caso impongan. **Si el demandado no cumple con el mandato, el juez constitucional remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. También puede disponer el inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución.***
- 2) *Si el cumplimiento de la sentencia depende de varias voluntades, y si no se acata en el plazo de cinco días hábiles, el juez remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. **El Ministerio Público formula denuncia penal contra***

el titular de la entidad y los que resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva.”

En otras palabras, se podría imputar responsabilidad penal a los responsables en el Congreso de que no avance la ejecución de la sentencia pues estarían cometiendo el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales previsto en el artículo 377 del Código Penal, que a la letra dice: *“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.”*

No resulta el escenario querido pues lo ideal sería que exista un acuerdo político de los diversos partidos políticos con las organizaciones indígenas para promover la consulta previa legislativa, como ocurrió en el 2011, con la aprobación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

Un dato a considerar es la reciente aprobación de la bicameralidad del Congreso, lo que hace a muchos preguntarse cómo el Congreso podría debatir con carácter de urgencia en el Pleno ordinario o extraordinario el Proyecto de Ley N° 005-2016/CR, Proyecto de resolución legislativa que modifica el reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten. La respuesta podría considerar dos alternativas:

- a) Solicitar que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología adecue y actualice la propuesta de consulta previa legislativa contenida en el Proyecto de Ley N° 005-2016/CR considerando la bicameralidad.
- b) Empezar nuevamente todo el proceso de elaboración del Proyecto de Ley sobre consulta previa legislativa construyendo la propuesta con participación de los pueblos indígenas y considerando la nueva estructura bicameral del Congreso.

Recordemos que la sentencia ordena al Congreso de la República, cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la

consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, por lo que la transformación de su estructura en bicameral no cambia el sentido del mandato y la obligación de cumplirlo.

Finalmente, IDLADS se ha propuesto emplazar al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la consulta previa legislativa y esta es la razón por la que se ha sumado como tercero en la Acción de Inconstitucionalidad contra el íntegro de la Ley N° 31494, Ley que reconoce a los Comités de Autodefensa y Desarrollo Rural, publicada el 16 de junio de 2022, Expediente N° 00007-2022-PI/TC, por vulnerar los derechos de las comunidades campesinas, nativas e indígenas, transgredir el bien jurídico de la seguridad ciudadana y desconocer normas vinculantes en materia de uso de la fuerza. Asimismo, se ha solicitado que se declare un estado de cosas inconstitucional por la omisión de regular el derecho a la consulta previa respecto de medidas legislativas que incidan directamente en el territorio de las comunidades y pueblos indígenas, lo que configura una grave vulneración contra estos grupos en condición de vulnerabilidad. A este proceso IDLADS ha puesto en conocimiento del colegido los pronunciamientos del Poder Judicial sobre consulta previa a fin de evitar fallos contradictorios y se consolide el derecho a la consulta previa legislativa.

Conclusiones

1. El derecho a la consulta previa es un derecho constitucional y democrático que permite a las minorías étnicas poder dialogar de manera intercultural con el Estado cuando este se dispone aprobar una medida administrativa o legislativa que va afectar sus derechos colectivos. El objetivo es que se pueda arribar acuerdos de buena fe y al consentimiento previo, libre e informado de estas poblaciones históricamente excluidas en el país, no obstante, las leyes y reformas constitucionales que se han hecho para darles no solo mayor protagonismo sino protección a la largo de la vida republicana que muchas veces solo se quedaron en el plano formal sin traducirse a cambios sociales reales.
2. El Congreso de la República desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT, un 02 de febrero de 1995, debió adecuar su procedimiento parlamentario para la aprobación de leyes que afectan a pueblos indígenas, cuestión que no ocurrió, pese a los acontecimientos del 5 de junio del 2009, cuando se produjo los sucesos del Baguazo, e incluso cuando se aprobó una Ley de Consulta Previa en el 2011, que solo se aplicó al Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales y Locales, pero no al propio Poder Legislativo.
3. La falta de representación política en el Congreso así como la expedición de leyes que afectaban los territorios ancestrales de los pueblos indígenas es lo que decidió, a CNA y ONAMIAP, en mayo del

2017, interponer una acción de cumplimiento para implementar la consulta previa legislativa, siguiendo el camino trazado por la acción de cumplimiento que AIDSESEP interpuso contra el Ministerio de Energía y Minas para que implemente la consulta previa en dicho sector (Exp. N.º 05427-2009-PC/TC).

4. Recientemente ya el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No 03326-2017-PA/TC del 06 de junio del 2023 había expresado su respaldo al derecho a la consulta previa legislativa en los siguientes términos: *“Asimismo, se estableció que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta es el Estado, quien no solo tiene el deber de garantizarlo –promoviendo la organización y procedimientos adecuados– sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de “medidas legislativas o administrativas” que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.*¹³³
5. De la misma opinión había sido la Corte Suprema en la sentencia de Acción Popular N° 29126-2018 LIMA, donde identificó 14 estándares internacionales sobre el cumplimiento de la consulta previa sustentados en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Perú y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los que mencionó que *“Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas.”*
6. En ese orden de ideas, queda claro que el Congreso de la República no está exento de implementar la consulta previa de las leyes que afectan a los pueblos indígenas, razón por la cual, resulta lógica la Sentencia de la Primera Sala Constitucional de Lima, Expediente

133 Considerando 40 de la Sentencia del Expediente N° 03326-2017-PA/TC

- N° 08243-2017-0-1801-JR-10, que ordena a dicho poder del Estado a implementarla.
7. Ciertamente al lado de la adecuación del procedimiento parlamentario a la consulta previa legislativa, también se debe promover la representación de los pueblos indígenas en el Poder Legislativo, así como la participación indígena, en los términos del fallo de la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 03326-2017-PA/TC: *“Exhortar al Congreso de la República, para que, conforme a sus funciones, regule los alcances del derecho a la participación ciudadana de los pueblos indígenas u originarios en lo pertinente a la publicidad de los petitorios mineros como al otorgamiento de las concesiones mineras, de conformidad con su contenido constitucionalmente protegido, a tenor de lo dispuesto en la presente sentencia, y disponga su reglamentación al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Energía y Minas.”*
 8. La participación ciudadana intercultural complementa a la consulta previa pues permite que la población indígena cuenta con información sobre la medida que les afecta, así como remitir sus aportes poniendo las bases para cuando se realice la consulta previa que implica un diálogo intercultural donde los pueblos indígenas y el Estado arriban acuerdos de buena fe que son vinculantes para las partes. Adviértase que el TC viene insistiéndole al Poder Legislativo que proteja el derecho a la participación indígena como se aprecia en el fallo de la Sentencia recaída en el Expediente EXP. N.° 00151-2021-PA/TC: *“Exhortar al Congreso de la República que legisle sobre el derecho de participación de los pueblos indígenas referido en el artículo 6 b) del Convenio 169 de la OIT, en el desarrollo de los proyectos eléctricos o similares con las comunidades indígenas, donde estén involucradas colectivamente.”*
 9. El Poder Judicial ha ido más lejos que el Tribunal Constitucional y no lo ha exhortado sino le ha *“ordena al Congreso de la República, cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los dere-*

chos de los pueblos indígenas,” lo que deberá realizar en el contexto de su nueva estructura bicameral con plena participación, consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

10. Finalmente, IDLADS se ha propuesto emplazar al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la consulta previa legislativa y esta es la razón por la que se ha sumado como tercero en la Acción de Inconstitucionalidad contra el integro de la Ley N° 31494, Ley que reconoce a los Comités de Autodefensa y Desarrollo Rural, publicada el 16 de junio de 2022, Expediente N° 00007-2022-PI/TC, por vulnerar los derechos de las comunidades campesinas, nativas e indígenas, transgredir el bien jurídico de la seguridad ciudadana y desconocer normas vinculantes en materia de uso de la fuerza. Asimismo, se ha solicitado que se declare un estado de cosas inconstitucional por la omisión de regular el derecho a la consulta previa respecto de medidas legislativas que incidan directamente en el territorio de las comunidades y pueblos indígenas, lo que configura una grave vulneración contra estos grupos en condición de vulnerabilidad.

Anexo 1

Admisorio de la Acción de Cumplimiento por la consulta previa legislativa

Decimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima

Expediente	: 08243-2017-0-1801-JR-CI-10
Materia	: Acción de Cumplimiento
Juez	: Cabrera Giursich Ivan Alfredo
Especialista	: Gutierrez Rotondo Talita Betsabe
Procurador Público	: Procurador del Congreso de la República
Demandado	: Congreso de la República
Demandante	: Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú-IDLADS PERÚ, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andonas y Amazónicas del Perú- ONAMIAP y Confederación Nacional Agraria CNA y otros

Resolución Nro. Seis

Lima, veintiséis de diciembre

Del dos mil dieciocho

Puesto a Despacho en la fecha, estando a señalado mediante Resolución Tres, de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciocho, expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y CONSIDERANDO:

Primero: Que, toda demanda debe cumplir con los presupuestos procesales de competencia, capacidad y requisitos de la demanda, que permitan establecer una relación jurídica procesal válida, siendo las normas procesales de carácter imperativo, conforme lo dispone el artículo Noveno del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Segundo: Que, el numeral 6° del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, señala: “La Acción de Cumplimiento, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Tercero: Que, el fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el EXP. N.° 0168-2005-PC/TC, señala:

“Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cum-

pliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.”

Cuarto: Por lo tanto, de lo expuesto precedentemente, el proceso constitucional de cumplimiento resulta idóneo a fin de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos; y habiéndose verificado que la presente demanda reúne los requisitos exigidos por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, así como el exigido por el artículo 69° del Código Procesal Constitucional, y además no incurre en ninguna de las causales de inadmisibilidad e improcedencia previstas en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil;

Se **RESUELVE:** ADMITIR a trámite la demanda de Acción de Cumplimiento, interpuesta por Confederación Nacional Agraria y otros, contra el Congreso de la República, concediéndole a la parte demandada el plazo de cinco días para que conteste la demanda, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se indica. Notifíquese.

Anexo 2

Sentencia de Primera Instancia de la Acción de Cumplimiento por la consulta previa legislativa

Decimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima

Juez	: Cabrera Giursich Ivan Alfredo
Expediente	: 08243-2017-0-1801-JR-CI-10
Demandante	: Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú-IDLADS PERÚ, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andonas y Amazónicas del Perú- ONAMIAP y Confederación Nacional Agraria CNA y otros
Demandado	: Congreso de la República, Procurador del Congreso de la República,
Materia	: Acción de Cumplimiento

Sentencia

Resolución N° Trece

Lima, veintitrés de febrero

Del dos mil veintiuno. –

Vistos:

I. Asunto

Los demandantes: Confederación Nacional Agraria-CNA representada por su Presidente el señor Antolin Huascar Flores, y la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP, representada por su Presidente la señora Kitty Marcelo Lopez, y como litisconsorte facultativo el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú – IDLADS PERÚ, representada por su Presidente el señor Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, interponen demanda contra el Congreso de la República, en la vía del proceso constitucional de cumplimiento, por la cual SOLICITAN:

- a) Se ordene al **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** cumpla con realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995.

II. Antecedentes

1. De la pretensión y de los hechos alegados en la demanda:

Mediante ocurso de fecha de presentación 08 de mayo de 2017, los demandantes interponen Proceso de Cumplimiento contra el Congreso de la República, teniendo como principales argumentos los siguientes:

- La Confederación Nacional Agraria-CNA, señala que es una organización gremial de mujeres y hombres campesinos, pequeños y medianos productores agrarios y pueblos originarios, estando sus bases articuladas en 18 federaciones regionales en costa, sierra y selva del Perú, que reivindican y defienden los intereses de los pueblos del campo promoviendo su liderazgo formación para el respeto de sus derechos, modos de producción y medios de vida, siendo que sus demandas giran en torno a los siguientes ejes: 1. Soberanía alimentaria, 2. Tierra y territorio, 3. Identidad, reconocimiento y participación, y 4. Cambio climático.
- La Organización nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú , quienes refieren luchan por el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivo como mujeres y pueblos indígenas, basadas en los principios de respeto y reconocimiento de su diversidad, desarrollan acciones dirigidas a fortalecer sus organizaciones de base, a visibilizar sus propuestas y demandas e incidir en la agenda pública y ganar espacios de representatividad a nivel local, regional, nacional e internacional, estando conformada por 24 comunidades indígenas, pero también interpone la presente demanda en defensa del resto de comunidades indígenas que se ven afectados por la conducta omisiva del Congreso, quienes por esta razón no pueden ejercer su derecho a la consulta previa cuando se aprueban las leyes que impactan sus derechos colectivos indígenas.
- Señalan que con fecha 04 de abril de 2017, IDLADS PERU, CNA y ONAMIAP, solicitaron al Presidente del Congreso el cumplimiento al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados , mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, b) establecer los medios a través de los cuáles los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin, lo cual implica adecuar el Reglamento del Congreso de la República, a la consulta prevista en el artículo 6° del Convenio 160 de la OIT. Habiendo transcurrido más de 10 días sin que se dé cumplimiento al

mencionado mandato quedaron habilitados para interponer la presente acción legal.

- Manifiestan que el Convenio N° 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N°26253, de fecha 2de diciembre de 1993, consagrando el derecho a la Consulta Previa, previsto en el numeral 1 del Artículo 6° del referido Convenio, donde establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin.
- Asimismo, señalan con respecto a la “inconstitucionalidad por omisión”, que, en el presente caso, el obrar omisivo del Congreso que consiste en omitir implementar la consulta previa en la aprobación de leyes en los casos que impacten poblaciones indígenas, constituye una grave e inminente amenaza y cierta sobre los derechos colectivos a la identidad étnica y cultural y el propio derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. En otras palabras, el simple hecho de no contemplar el Congreso en su procedimiento de aprobación de leyes la consulta previa con las poblaciones indígenas afectadas constituye una flagrante violación a los derechos colectivos indígenas.
- Concluyen señalando que al no efectivizar el Congreso el derecho a la consulta previa se está lesionando gravemente el derecho a la consulta previa, identidad étnica y cultural, así como la participación indígena consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 6° así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo numeral 19 de la Constitución Política del Perú, en ese sentido, la única forma de salvaguardar dicho derecho es que se ordene al Congreso realice la consulta previa a todas las leyes que van a impactar directamente en derechos colectivos de los pueblos indígenas.

2. Del Auto Admisorio:

- 2.1. Mediante Resolución N° 01 de fecha 23 de junio de 2017, se resolvió declarar improcedente la demanda, siendo impugnada mediante recurso de apelación la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, mediante resolución N° 03 de fecha 18 de julio de 2018, al considerar que siendo que la decisión liminar de improcedencia en base a que el mandamus no cumpliría con los

presupuestos del proceso de cumplimiento “no resultaba arreglado al principio constitucional pro actione, siendo más bien, que al interior del proceso se debe verificar si la referida disposición convencional cumple o no con dichos presupuestos”, ordenando se emita nuevo pronunciamiento.

- 2.2. Mediante Resolución N° 06 de fecha 26 de diciembre de 2018, se resuelve **ADMITIR** a trámite la demanda de acción de cumplimiento contra el **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, concediéndole el plazo de cinco días para su contestación.

3. **Posición y Alegatos de la Parte demandada:**

Mediante escrito de fecha de presentación 25 de abril de 2019, el Procurador Público del Poder Legislativo, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, con el objeto de que sea declarada improcedente, bajo los siguientes argumentos:

- Refiere que la norma cuya aplicación se solicita mediante el presente proceso, no constituye ser un mandato cierto y claro, toda vez que el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, no establece de manera cierta y clara que el Congreso de la República tenga el mandato imperativo de aprobar una Resolución legislativa que modifique el Reglamento del Congreso de la República para que la Consulta Previa esté prevista en dicho cuerpo normativo.
- La norma cuyo cumplimiento se solicita configura una controversia compleja, toda vez que se requiere presentación de un proyecto de resolución legislativa, la cual deberá ser decretado a la Comisión correspondiente, a efecto de que sea dictaminado y pueda ser debatido y aprobado en el Pleno del Congreso, como lo dispone el Art. 78° del Reglamento del Congreso.
- Señala que respecto al Documento de fecha 04 de abril de 2017, recepcionado con fecha 05 de abril de 2017, al que hace alusión el demandante, mediante el cual solicita el cumplimiento del artículo 6° del convenio 169 de la OIT, fue remitido a la Comisión de Pueblos Andinos y Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología a efectos que se emita el pronunciamiento correspondiente, lo que podría conllevar que un parlamentario haga suya dicha propuesta y presente la iniciativa correspondiente, haciendo de conocimiento que con fecha 09 de agosto de 2016, el congresista Marco Arana Zegarra, presentó el Proyecto de Ley N° 00005/2016-CR, que propone modificar los artículos 70, 73, 75, 77 y 8 del Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten la cual ha sido decretado a la Comisión de Constitución y Reglamento y a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, el cual se encuentra pendiente para que se apruebe el Dictamen correspondiente.

- Se puede colegir que con la presente demanda se pretende que se ordene al Congreso de la República modifique su reglamento, adecuando el procedimiento de aprobación de leyes a la consulta previa, pretensión que obviamente colisiona con el Artículo 93° de la Constitución que establece que los Congresistas no están sujetos a mandato imperativo, lo que evidencia que el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, es decir el mandamus no cumple con los requisitos previstos por el Tribunal Constitucional, pues no establece de manera cierta, expresa e incondicional la pretensión del accionante y que sea exigible a través del presente proceso constitucional de cumplimiento. Siendo así la norma invocada no constituye en sí misma un mandato incondicional, por cuanto lo solicitado por el demandante se encuentra sujeto a un procedimiento preestablecido y a través de sus instituciones representativas. Habiéndose tramitado el proceso con arreglo a su naturaleza se disponen pasar los autos a despacho para emitir sentencia; y,

Considerando:

Primero: Del proceso de cumplimiento: A tenor de lo dispuesto por el artículo 2° en concordancia con el numeral 66° del Código Procesal Constitucional, el Proceso de Cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente, dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, en concordancia con el artículo 200.6 de la Constitución Política.

Segundo: De las características mínimas del proceso de cumplimiento: Estando a la naturaleza y característica sumarisima del Proceso de Cumplimiento, no es apropiado para discutir los contenidos de normas generales o actos administrativos, cuyos mandatos no son específicos o que se remitan a otras normas y éstas a su vez a otras, dado a que ello implica una actividad interpretativa compleja que requiere de otro tipo de litis, por lo que se exige como requisitos mínimos comunes: **a)** que sea un mandato vigente; **b)** que sea un mandato cierto y claro; **c)** que no esté sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; **d)** que sea de ineludible y de obligatorio cumplimiento, y, **e)** que sea incondicional, excepcionalmente puede tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria; así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC No. 0168-2005-PC/TC, decisión que en atención al fundamento 24) es vinculante y debe aplicarse en todos los procesos de cumplimiento. Por consiguiente, a efectos de resolverse el presente proceso es necesario verificar si lo pretendido por la actora se encuadra dentro de los supuestos antes descritos.

Tercero: Pretensión: Tal como fluye del tenor del petitorio, la controversia se contrae a determinar si a través del presente proceso de cumplimiento corresponde se ordene al CONGRESO DE LA REPÚBLICA cumpla con realizar la consulta previa de leyes

que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica previamente adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995.

Cuarto: Normatividad aplicable al caso. Tratándose de un reclamo de afectación de derechos colectivos reconocidos en el ámbito de la normatividad convencional supranacional, estableceremos como base la normatividad pertinente aplicable al presente caso, como son: la normatividad convencional internacional a la que está sujeto el Estado peruano, y la legislación interna desde la Constitución Política y normas del bloque de constitucionalidad.

4.1. A Nivel Supra Nacional. Derecho Convencional.

4.1.1. El Convenio N° 169 de la OIT-Convenio sobre “Pueblos Indígenas y Tribales”¹³⁴, fue aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, el 02 de diciembre de 1993, y ratificado por el Poder Ejecutivo el 17 de febrero de 1994. El Estado peruano hizo el depósito o registro internacional en la OIT el 02 de febrero 1995, fecha desde la cual opera la ratificación internacional, y desde la cual tiene plena vigencia. En su articulado desarrolla lo concerniente a la consulta previa¹³⁵, señalando lo siguiente:

“Artículo 6.-

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

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

134 EXP. N.º 06316-2008-PA/TC LORETO Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP): 19. Sobre la relevancia jurídica de los tratados y convenios suscritos por el Perú, este Colegiado ha manifestado que “[...] tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 22).

135 “La consulta previa es un diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, cuya finalidad es llegar a acuerdos sobre medidas (administrativas o legislativas), programas, planes y proyectos que podrían afectar los derechos colectivos de los pueblos. Los acuerdos a los que se lleguen en el proceso son de cumplimiento obligatorio para ambas partes. En tal sentido, es una obligación estatal destinada a salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como aquellos referidos a la tierra y el territorio, al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente, a la salud con enfoque intercultural y a la educación intercultural”. Etapa de Identificación de Pueblos Indígenas u Originarios - Guía Metodológica. Ministerio de Cultura. Primera edición, Lima, junio 2014.pág. 14.

- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” Este Convenio, reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas y legitima el derecho que tienen para determinar sus propias prioridades respecto al proceso de desarrollo, en la medida que afecte sus vidas y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida posible (encuadrada dentro de la legislación interna), su propio desarrollo económico, social y cultural.

En la **Jurisprudencia Supra Nacional tenemos la Sentencia de 27 de junio del 2012, caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador**, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

- 159. (...) *El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (infra párr. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.*
- 160. *Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios. (...)*
- 165. *Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda*

entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

166. *La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.*

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana ha señalado que el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros aspectos, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, estableciendo las siguientes normas vía interpretación:

- a) La obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, de conformidad con sus propias tradiciones cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas,
- b) La consulta previa debe realizarse sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte los derechos de las comunidades y pueblos indígenas reconocidos en la normatividad interna e internacional, asegurando su participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses que se podría ver perjudicados,

4.2. A Nivel Interno Nacional.

4.2.1 La Constitución Política del Perú de 1993 y el bloque de constitucionalidad:

4.2.1.1. La Constitución Política de 1993, en relación a la participación de las comunidades campesinas y las nativas, señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

(...)

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

“Artículo. 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.”

(...)

Disposiciones finales y transitorias.

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

Debemos tener en cuenta que, si bien el derecho a la consulta previa no se encuentra expresamente señalado en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha indicado que se concretizaría a partir del derecho a la participación, individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la nación, facultad que es reconocida a todas las personas en el artículo 2.17 de la Constitución, así como en el derecho de los pueblos indígenas u originarios a la libre determinación.¹³⁶ Adicionalmente tenemos en cuanto a la interpretación de Normas relativas a

136 Según el párrafo 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-AC, “(...) este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º (...) debe advertirse que ninguna de las normas señaladas [referidas a participación ciudadana] (...) se refiere específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de “cualquier” población afectada. Tal situación, a criterio de este Tribunal, no se condice con el espíritu del Convenio 169 de la OIT, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado”.

los derechos y a las libertades, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia.

4.2.1.2. En relación al Poder Legislativo, el artículo 94.º de la Constitución, dispone que:

“El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”.

Así también el artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

“Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia”.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...) la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, prima facie, debe considerarse que, conforme al artículo 94.º de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica. (Stc. 047-2004-AI/TC9).

4.2.2. Normas del bloque de constitucionalidad.

4.2.2.1. Con respecto a los tratados, como fuentes normativas o formas normativas con rango de ley, el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 047-2004-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

21. A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55.º de la Constitución dispone: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.
22. Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55.º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de

fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

La Constitución de 1979, señalaba expresamente que los Tratados Internacionales sobre DDHH tenían jerarquía constitucional, estableciendo que en caso de conflicto entre tratado y Ley prevalece el tratado, y en caso de conflicto entre Constitución y Tratado tenía que ser resuelto a favor de la Constitución. En cambio, en la Constitución de 1993, no ha regulado de manera similar, sino que el Tribunal constitucional es quien ha señalado que los tratados sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional, así también el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala:

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

Entonces, en la actualidad tenemos que los Tratados Internacionales tienen rango de ley, salvo cuando se trata de DDHH en el que tienen rango Constitucional¹³⁷.

El Art. 55 de la Constitución señala que los Tratados forman parte del derecho interno, por lo cual tienen eficacia directa, lo que permite aplicar cualquier tratado como si fuera Ley.

137 EXP. N.º 06316-2008-PA/TC LORETO. (...) En esta misma dirección, este Tribunal ha sido enfático en sostener que los “[...] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). Por tanto, y conforme ya se ha tenido oportunidad de establecer (STC N.º 3343-2007-AA/TC, fundamento 31), el Convenio 169 forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos.

4.2.2.2. Sobre el Reglamento del Congreso, es una de las principales fuentes del Derecho Parlamentario; tenemos la siguiente normatividad pertinente:

Sobre la Fuerza normativa y materias de regulación del Reglamento: Artículo 1. El presente Reglamento tiene fuerza de ley. Precisa las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los Congresistas y regula los procedimientos parlamentarios.

Soberanía y autonomía

Artículo 3. El Congreso es soberano en sus funciones. Tiene autonomía normativa, económica, administrativa y política. (...).

El Procedimiento Legislativo Variantes del procedimiento legislativo Artículo 72. Mediante el procedimiento legislativo se persigue aprobar leyes de carácter general y resoluciones legislativas, las mismas que pueden ser: (...) h) Resoluciones legislativas;

Etapas del procedimiento legislativo Artículo 73. El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) Iniciativa legislativa; b) Estudio en comisiones; c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano; d) Debate en el Pleno; e) Aprobación por doble votación; y, f) Promulgación.(...)

Sobre el procedimiento de modificación del Reglamento del Congreso, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste no sólo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica. En ese sentido, el Reglamento del Congreso es una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica, no mediante reglamentos (STC. N° 0022- 2004-AI/TC. Fundamento 23).

De conformidad con el Art. 94 de la Constitución Política, concordado con el Art. 3° del Reglamento del Congreso, se puede señalar con claridad que, la iniciativa de reforma o modificación del Reglamento, es de exclusiva competencia de los miembros del Congreso, y que esta procede mediante Resoluciones Legislativas, ello en virtud de la autonomía que le reconoce en sus funciones la Constitución, por ello es que, en respeto de la independencia y balance de poderes que garantiza nuestra máxima norma constitucional, la norma que se pudiera emitir en tales casos, no requiere ser remitida al Presidente de la República, como se da en el caso de las leyes ordinarias.¹³⁸

138 Debido al principio de autonomía normativa del Congreso de la República, reconocido en la Constitución Política, la promulgación del Reglamento la ejecuta el Presidente del Congreso y se materializa en una Resolución Legislativa del Congreso (STC. N° 047-2004-AI/TC. Fundamento 17).

El Pleno del Congreso, en su sesión del 11 de octubre de 2007, aprobó el Informe de la Comisión de Constitución y Reglamento N° 02-2007-2008- CCYR/P.JVQ-CR¹³⁹, sobre la naturaleza jurídica del Reglamento y sobre la votación requerida para su modificación, concluyéndose lo siguiente:

1. El Reglamento del Congreso es una fuente formal de Derecho que tiene naturaleza de Ley Orgánica.
2. La aprobación y modificación del Reglamento del Congreso de la República debe efectuarse mediante el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Además, se estableció que el informe sería vinculante para las futuras modificaciones reglamentarias, manteniendo sus efectos legales todas aquellas modificaciones aprobadas con anterioridad.

QUINTO.- Razonamiento al Caso Concreto

- 5.1. Del artículo 200.6 de la Constitución del Perú, complementado con el artículo 66° del Código Procesal Constitucional, donde se norma el proceso de cumplimiento, se puede verificar el establecimiento de dos mandatos: a) el primero, será para que el funcionario renuente cumpla con una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, y b) el segundo, para que cumpla con emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.
- 5.2. El Convenio 169 de la OIT, tiene rango constitucional al tratarse sobre derechos humanos, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional¹⁴⁰, cuya cobertura se encuentra sustentada en el artículo tercero de la Constitución que establece el reconocimiento de los derechos no enumerados, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, por lo que este tratado forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, consecuentemente tiene rango constitucional.
- 5.3. En cuanto a la exigencia de los tratados internacionales a través del proceso de cumplimiento, siendo que conforme la Constitución son incorporados a nuestro ordenamiento interno con rango legal, podrían ser requeridos a través del proceso constitucional de cumplimiento, siempre y cuando estemos dentro de la realización de los requisitos de procedencia establecidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 168-2005-PC/TC.
- 5.4. Dado que el Convenio 169 de la OIT, ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, sus mandatos son de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano.

139 http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Constitucion_y_Reglamen/files/inf_orme02-2007-2008-ccyr-pjvq-cr.pdf

140 EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

5.5. En la presente demanda se plantea el cumplimiento del artículo 6° del referido Convenio, por lo que primero verificamos que:

5.5.1. Se ha cumplido con remitir el pedido al Presidente del Congreso mediante instrumento de fecha de recepción 04 de abril de 2017, conforme obra en autos a folios 45, pues el Presidente del Congreso es la máxima personificación que lo representa.¹⁴¹

5.5.2. Analizando si se cumple con los requisitos establecidos por el TC, para la procedencia de esta clase de procesos, vemos:

Se trata de un mandato vigente, cierto y claro que establece el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, es de ineludible cumplimiento, reconoce derechos incuestionables para las comunidades indígenas, y permite individualizar a los beneficiarios de esta norma de fuente internacional.

Sin embargo, verificamos que, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de: “No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares” y “ser incondicional”, no se cumplirían, en razón de lo siguiente:

- a) ordenar al Congreso cumpla con modificar su reglamento interno (norma de rango legal), colisionaría con la norma constitucional que establece la autonomía del Congreso para establecer su reglamento, el cual implica todo un procedimiento conforme se ha detallado antes, y
- b) el Convenio no establece cómo debe ser regulada su aplicación, lo cual infiere que se trata de una situación que conlleva una actividad interpretativa compleja, con lo cual no estaríamos ante un mandato incondicional que pueda ser materia de ventilarse en un proceso constitucional de cumplimiento.

En ese sentido, la Sentencia de 27 de junio del 2012, caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador, señala:

“202. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”

Sexto. Sobre la posibilidad de la conversión del proceso de cumplimiento en un proceso de amparo.

141 Artículo 32. El Presidente del Congreso tiene las siguientes funciones y atribuciones: a) Representar al Congreso, y recibir los honores que correspondan a su investidura. (...)

- 6.1. Dando respuesta al escrito de los demandantes, presentado con fecha 07 de octubre de 2019, obrante a folios 225/231, donde plantean que cabría la posibilidad de que este proceso pueda ser convertido en uno de amparo, en el supuesto de considerar que no corresponda su conocimiento a través del proceso de cumplimiento. Pues, en efecto, en el supuesto de existir una inconstitucionalidad por omisión del Estado peruano, la que vendría ocasionando vulneración a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas conforme lo establecido y reconocido en el Convenio 169 de la OIT, consideramos que la vía del proceso de amparo podría ser la vía idónea, para los supuestos de cese de amenazas o posibilidad de retrotraer la situación vulneratoria, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional en el Expediente **EXP. N.º 04700-2011-PC/TC**:

- Que el juez de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales (tanto el amparo como el hábeas data y el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil, tal como se establece para el primero en el artículo 51º del Código Procesal constitucional, y se extiende para los otros dos en los artículos 65º y 74º del mismo cuerpo normativo).
- Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante (sólo se podrá admitir la conversión si la pretensión planteada en la demanda es respondida por el juzgador a través de la sentencia que va a emitir).
- Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto (que, siguiendo el contenido del artículo 9º del Código Procesal, no deban actuarse pruebas adicionales en el proceso, el mismo que debe ser resuelto con las herramientas que el mismo expediente brinda).
- Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional (si bien se estaría yendo en contra del cauce normal de un proceso, la autonomía procesal y el principio de informalidad que rige este tipo de proceso, además de los principios de dirección judicial del proceso, pro actione y economía procesal, previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal constitucional, autoriza canalizar la búsqueda de justicia, como valor supremo de la Constitución, a través de la judicatura constitucional).
- Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo (es cierto que la búsqueda natural de protección a quienes reclaman el resguardo de un derecho a través de un proceso constitucional, hace que éste se convierta en un proceso de tutela urgente, toda vez que se consideran improcedentes las demandas cuando existan vías procedimentales específicas, tal como lo expresa el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, pero en los casos de reconversión se hace necesario que el caso no sea sólo apremiante, sino además que sea considerablemente

perentorio e inminente, elemento que ha quedado claramente establecido en el fundamento 5 de la sentencia del Expediente N.º 2763-2003-AC/TC).

- Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse (se considera que si el juzgador es consciente del tipo de fallo a emitirse, y pese a que existe un error en la tramitación de la demanda, debe ordenar su conversión, tal como se ha dejado sustentado en la sentencia del Expediente N.º 0249-2005-PC/TC).
- Sólo cuando concurren copulativamente tales requisitos, este Colegiado se encontrará autorizado para reconducir a una vía procedimental más acorde con la petición del recurrente y dejar de lado el proceso inicial.

6.2. Al respecto, se tiene la existencia de lo siguiente:

6.2.1. El Proyecto de Ley 005-2016/CR, presentado con fecha 09 de agosto de 2016, por el grupo parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, que contiene el Proyecto de Resolución Legislativa, donde se propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, sobre medidas Legislativas que les afecten.

6.2.2. Conforme señala el propio proyecto, se ha basado en el dictamen¹⁴² de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE), recogiendo los aportes de organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas, como es el caso, entre ellas, de la Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), y la Confederación Nacional Agraria (CNA), quienes precisamente son parte demandante en el presente proceso de cumplimiento.

6.2.3. Se verifica en la página Web del Congreso de la República que, con referencia al estado de tramitación del Proyecto de Ley 005- 2006/CR, aparece el siguiente:

142 Dictámenes. Artículo 70. Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas. Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.(...) Los dictámenes pueden concluir: a) En la recomendación de aprobación de la proposición en sus términos. (...)

Expediente del Proyecto de Ley 00005/2016-CR

Resolución Legislativa del Congreso que modifica el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten

Fecha	Título
28/11/20	Dictamen de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

Proyectos de Ley

Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
00005	09/08/16	Resolución Legislativa del Congreso que modifica el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten

[Opinión Ciudadana Presente su Acorte](#)

[Opiniones Ciudadanas Recibidas...](#)

6.2.4. De tal forma, está publicado:

- a) el Acta de la Décimo Quinta Sesión Ordinaria Virtual efectuada el 13 de octubre de 2020, en la que se llevó a cabo la sustentación del pre dictamen del Proyecto de ley 05/2016-CR, aprobado por mayoría, y
- b) el Dictamen emitido por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, en el Periodo Anual de Sesiones 2020-2021, recepcionado por el Área de trámite y digitalización de documentos del Congreso de la República con fecha 28 de noviembre de 2020.

6.2.5. Este Dictamen concluye en recomendar la “APROBACION” del proyecto de Resolución Legislativa “Ley 005/2016-CR”, con el texto sustitutorio de los artículos 35, 70, 73, 75, 77, 79 y 81 del Reglamento del Congreso de la República, referidos a: Comisiones de grupos de trabajo especializados de Congresistas, Dictámenes, etapas del procedimiento legislativo, requisitos y presentación de las proposiciones, envío a Comisiones y Estudio, debate y aprobación, donde proponen, entre otros: la implementación de un Consejo Consultivo Indígena conformado por organizaciones nacionales representativas de Pueblos Indígenas u originarios, siendo que en el caso de las proposiciones de ley o resolución legislativa que contengan, parcial o totalmente, disposiciones susceptibles de afectar a pueblos indígenas u originarios, las comisiones dictaminadoras solicitarán la opinión de representantes de los pueblos indígenas, y que por ningún motivo serán exonerados del cumplimiento de estas etapas del procedimiento legislativo.

6.2.6. Es de resaltar que, el propio dictamen en mención, señala textualmente lo siguiente: Han transcurrido 25 años desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT y más nueve años de la Ley del derecho a la consulta previa de los pue-

blos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y persiste el incumplimiento del Congreso de Implementación del proceso de consulta previa de las medidas legislativas que pueden afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. El Poder Ejecutivo ha adoptado los procedimientos específicos sectoriales y viene aplicando dicho proceso; sin embargo, el Congreso de la República, a la fecha aún no cuenta con el procedimiento específico para aplicarlo, a pesar de esta obligado constitucionalmente. En consecuencia, la presente iniciativa legislativa pretende corregir esta grave falta del Congreso de la República.

6.2.7. Flujograma legislativo. Se debe tener en cuenta que, habiéndose aprobado el proyecto de ley, el iter procedimental a seguir, luego de la expedición del Dictamen (en el caso de autos: “favorable”), es recibido por el Consejo Directivo, donde, con el apoyo del Oficial Mayor, del Director General del Parlamento y del relator, ordena los proyectos de ley y los coloca en agenda para su debate en el pleno del Congreso.¹⁴³

Con lo cual se puede verificar que el presente no reúne la condición de urgencia del caso considerado en el supuesto de que “no sea sólo apremiante, sino además que sea considerablemente perentorio e inminente”, así como la “predictibilidad del fallo a emitirse”, establecidos por el Tribunal Constitucional.

6.3. Sin embargo, acorde con lo antes expuesto, a pesar de considerar que la presente demanda de cumplimiento es improcedente, y no haber una conversión en un proceso de amparo, esta judicatura no puede mostrarse indiferente, ni dejar de reconocer que:

6.3.1. Desde la entrada en vigencia del Convenio 169, el Estado peruano no ha realizado un proceso de consulta previa, libre e informada de los actos norma-

143 Artículo 29. El Pleno es la máxima asamblea deliberativa del Congreso. Lo integran todos los Congresistas incorporados y funciona de acuerdo con las reglas de quórum y procedimiento que establecen la Constitución y el presente Reglamento. En él se debaten y se votan todos los asuntos y se realizan los actos que prevén las normas constitucionales, legales y reglamentarias. Al inicio del período anual de sesiones, los Grupos Parlamentarios y el Consejo de Ministros presentarán una propuesta detallando los temas o proyectos de ley que consideren necesario debatir y aprobar durante dicho período. El Pleno del Congreso votará la inclusión en la Agenda Legislativa de estos proyectos, incluyéndose en la misma sólo a los que obtengan mayoría simple. El debate de estos proyectos de ley tiene prioridad, tanto en Comisiones como en el Pleno del Congreso, salvo lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución Política del Estado y no impide que puedan dictaminarse y debatirse otros proyectos. Períodos ordinarios de sesiones Artículo 49. Dentro del período anual de sesiones, habrá dos períodos ordinarios de sesiones o legislaturas: a) El primero se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre. b) El segundo se inicia el 01 de marzo y termina el 15 de junio. En cualquiera de los dos casos el Presidente del Congreso puede ampliar la convocatoria con agenda fija. También debe ser convocado si lo solicita por lo menos el cincuenta por ciento más uno de los Congresistas.

tivos emitidos por el Congreso de la República, conforme está señalado en el propio Dictamen en mención, por lo que la iniciativa legislativa que contiene el Proyecto, y su discusión en el pleno del Congreso, no debería ser pospuesta injustificadamente por mayor tiempo.

- 6.3.2.** Habiéndose cumplido con todo el trámite previo en el mes de noviembre último, para pasar a su discusión en el Pleno el Proyecto de Ley N° 05/2016, respetando la autonomía que le da la Constitución al Congreso de la República, y guardando el principio de corrección funcional, nada obsta ver por conveniente exhortar al Congreso de la República para que a través de su Presidente y el Consejo Directivo, conforme sus normas de procedimiento interno, agende en la presente legislatura su debate en el Pleno del Congreso, al no existir ningún impedimento legal de trámite formal ni material para su discusión.

Decisión:

Por los fundamentos expuestos, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 37° del Código Procesal Constitucional, el Señor Juez del Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional, decide:

1. **Declarar** improcedente la demanda constitucional de cumplimiento.
1. **EXHORTAR** al Congreso de la República a través de su presidente y Consejo Directivo, para que agende al pleno en la presente legislatura, el proyecto de reforma del reglamento interno del Congreso conforme lo expuesto en los considerandos de la presente sentencia.
3. **Notifíquese** a las partes.

Anexo 3

Admiten como litisconsorte a ORAU en la Acción de Cumplimiento por la consulta previa legislativa

Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima- Sede Alzamora

Expediente	: 08243-2017-0-1801-JR-CI-10
Materia	: Acción de Cumplimiento
Relator	: Silva Santisteban Valdivia Marco Antonio Leonardo, Procurador Público: Procurador del Congreso de la República,
Demandado	: Congreso de la República,
Demandante	: Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú IDLADS PERU , Organización de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú ONAMIAP, Confederación Nacional Agraria CNA y Otros ,

Resolución Nro.02

Lima, veintiséis de setiembre

Del dos mil veintidós. –

DADO CUENTA: al escrito con código N° 51095 - 2021, ingresado fin firma digital a través de la mesa de partes electrónica por La Organización Regional Aidesep Ucayali – ORAU, téngase presente el domicilio real, procesal y la Casilla electrónica.

AUTOS y VISTOS; y Atendiendo:

PRIMERO: El artículo 48° del Código Procesal Constitucional dispone: “Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo... el litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable”. Así tenemos, que este artículo, en primer término, se estaría refiriendo en su sumilla a la intervención litisconsorcial, y en segundo lugar, al litisconsorte facultativo en su contenido. Respecto del primero, se verifica cuando el solicitante estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso. Mientras que, para el caso de litisconsorte facultativo debe existir la posibilidad de que los litigantes pueden actuar de manera conjunta por economía procesal. Por su parte, el artículo 98° del Código Procesal Civil respecto de la intervención litisconsorcial establece que: “...Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente debe extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta...”.

SEGUNDO: Mediante el escrito que antecede la recurrente solicita su incorporación al proceso como litisconsorte argumentando que son parte directamente afectada con el resultado que se vaya a emitir en el presente proceso; puesto que, la presente demanda de Cumplimiento interpuesta por la Confederación Nacional Agraria – CNA, Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Peru – ONAMIAP y Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú – IDLADS PERU, tiene como finalidad que el Congreso de la Republica cumpla con realizar la consulta previa a las leyes que impactan en los derechos colectivos de pueblos indígenas, lo que implica adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y el Reglamento del Congreso de la Republica a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995.

TERCERO: En ese sentido, teniendo en cuenta que la pretensión de la demanda de cumplimiento hecha por la Organización Regional Aidesep Ucayali – ORAU, resulta atendible, puesto que, esta organización se encuentra integrada por federaciones y organizaciones de comunidades nativas, indígenas que pueden ser afectados con la creación de medidas legislativas que no contemplan alguna consulta previa en la norma a darse.

CUARTO: Por lo expuesto, corresponde atender el pedido de su incorporación al presente proceso como litisconsorte, conforme lo regulado en el artículo 98° del Código Procesal Civil de aplicación Supletoria a los autos. Por las razones antes expuestas

RESOLVIERON: INTEGRAR a La Organización Regional Aidesep Ucayali – ORAU, como INTERVENTOR LITISCONSORCIAL ingresando al proceso en el estado en el que se encuentre; Sin perjuicio de ello, Notifíquese al litisconsorte integrado la resolución N° 01, de fecha 16 de setiembre del 2022. Agréguese a los autos cosiendo y foliando conforme lo dispuesto en la R. A. 133- 2020- CE- PJ.

Anexo 4

Sentencia de Segunda Instancia de la Acción de Cumplimiento por la consulta previa legislativa

Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima

Expediente : 08243-2017-0-1801-JR-CI-10.

Demandante : Confederación Nacional Agraria-CNA

Demandado : Congreso de la República

Materia : Proceso de Cumplimiento

RESOLUCIÓN N° 04.

Lima, seis de octubre

Del dos mil veintidós.

VISTOS: Realizada la vista de la causa con informe oral e interviniendo como Magistrado ponente el Juez Superior Suárez Burgos.

RESOLUCIÓN MATERIA DE APELACIÓN:

Es materia de grado, la sentencia contenida en la Resolución N° 13, de fecha 23 de febrero del 2021, obrante de fojas 293 al 315, que declaró improcedente la demanda constitucional de cumplimiento, y exhortar al congreso de la republica a través de su presidente y consejo directivo, para que agende al pleno en la presente legislatura, el proyecto de reforma del reglamento interno del congreso conforme lo expuesto en los considerandos de la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La parta demandante interpone recurso de apelación de fojas 354 a 370, argumentando en resumen lo siguiente:

- Que, el Perú es un país pluricultural, multiétnico y diverso, en donde coexisten varios pueblos y grupos étnicos, organizados generalmente en pueblos andinos y amazónicos, que poseen conocimientos científicos y tecnológicos, medicina tradicional, valores culturales, idioma, formas de organización política y social, modelos de desarrollo socio económico, maneras de administrar recursos naturales, diferentes prácticas de ejercer autoridad y administrar justicia, así como de conservar sus tierras y territorios.
- Que, el Convenio N° 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993. El citado Instrumento internacional consagra el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 del artículo 6 del Convenio N° 169 establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en

- particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
- Que, la consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto.
 - Que, el derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad.
 - Que, la Confederación Nacional Agraria - CNA una organización gremial de mujeres y hombres campesinos, pequeños y medianos productores agrarios y pueblos originarios. Nuestras bases están articuladas en 18 federaciones regionales en costa, sierra y selva del Perú. Reivindican y defienden los intereses de los pueblos del campo promoviendo su liderazgo y formación para el respeto de sus derechos, modos de producción y medios de vida.
 - Que, en consecuencia, al no efectivizar el Congreso el derecho a la consulta previa se está lesionando gravemente el derecho a la Consulta Previa, identidad étnica y cultural, así como participación indígena consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú.
 - Que, no puede en ese sentido, quedar al arbitrio y discrecionalidad del Congreso el acatar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú, desde el 02 de febrero de 1995, relacionado al derecho de consulta previa en la aprobación de leyes que afectan derechos territoriales e indígenas, pues resulta manifiestamente evidente que la disposición que se demandan su cumplimiento no se puede considerar como parte de las potestades discrecionales de un funcionario público o entidad pública.
 - Que, en ese sentido, toda ley aprobada por el Congreso de la República que afecta directamente a las poblaciones indígenas debe ser objeto de consulta previa y lamentablemente hasta la fecha ello no ha ocurrido y todo lo contrario se ha venido aprobando omitiendo dicho derecho colectivo lo que ha venido generando conflictos socio ambientales como el que ocasiono la aprobación inconsulta de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y luego la Ley 30230.
 - Que, la obligación de consultar toda medida legislativa o administrativa a los pueblos indígenas recae también en la medida administrativa que aprueba los

estudios de impacto ambiental, máxime si en dicho documento se encuentra inserto las obligaciones socioambientales que debe respetar cumplir el titular de la actividad económica, así como los estándares ambientales a los que se va a sujetar el proyecto de inversión.

- Que, el reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo.
- Que, es por ello que pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida.
- Que, la resolución materia de impugnación nos causa agravio puesto que vulnera nuestro derecho a la consulta previa legislativa por no observar el carácter autoaplicativo del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y la obligación que tiene el Congreso de la República de respetar los Tratados de Derechos Humanos que, al tener dicha calidad, forman parte de la Constitución.
- Que, debido a ello, resulta totalmente indebida la exhortación realizada por el juez de primera instancia para que el Congreso de la República agende en la presente legislatura el debate del Proyecto de Ley 005-2016/CR en el Pleno del Congreso pues es un extremo que ni siquiera fue solicitado en la pretensión de la demanda e incluso contravendría los derechos de los demandantes que han observado la fórmula empleada por los legisladores, como se señaló previamente.

FUNDAMENTOS DE LA SALA:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente; así, expuesto los agravios y empleando el principio de limitación en materia impugnatoria que guarda plena correlación con el principio de congruencia procesal, el órgano revisor al resolver la impugnación solo debe avocarse y pronunciarse sobre los agravios formulados por las partes al proponer sus recursos, sin emitir decisión sobre aquellos aspectos no denunciados por ellas, salvo que se trate de errores graves que hayan generado una actividad procesal nula, siendo aplicable el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*.

SEGUNDO: Que, del escrito de demanda, de fojas 47 al 60, se aprecia que el demandante, en síntesis, pretende, que se ordene el cumplimiento del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995 y se ordene al Congreso de la República cumpla con realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica previamente adecuar el procedimiento de aprobación de leyes y Reglamento del Congreso de la República a la consulta previa, prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995.

TERCERO: Que, el Juez Aquo, mediante **sentencia contenida en la Resolución N° 13, de fecha 23 de febrero del 2021**, declaró improcedente la demanda de cumplimiento, al considerar en síntesis que la demanda interpuesta, no reúne la condición de urgencia del caso considerado en el supuesto de que no sea sólo apremiante, sino además que sea considerablemente perentorio e inminente, así como la predicibilidad del fallo a emitirse.

CUARTO: Que, así pues, previamente se debe manifestar, que el artículo 200° numeral 6) de la Constitución Política del Perú, establece que: **“La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”** (Negrita y subrayado es nuestro), mientras que el artículo 65° del Código Procesal Constitucional vigente, establece que: **“Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.** No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional” (Negrita y subrayado es nuestro); lo que guarda relación con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0168-2005-PC/TC, cuando establece: **“Que el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos,** precisando con carácter vinculante los requisitos mínimos comunes, que además de la renuencia del funcionario o autoridad pública- debe satisfacer el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional, estos son: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) Ser incondicional, aunque excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria y adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales

actos se deberá: **f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) Permitir individualizar al beneficiario**” (Negrita y subrayado es nuestro).

QUINTO: Que, asimismo, el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995, dispone que: “1.- **Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:** a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Negrita y subrayado es nuestro).

SEXTO: Que, ahora bien, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0024- 2009AI/ TC**. Fundamento N° 12, ha establecido que: “(.) **el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales** (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además **ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos (...)** detentan rango constitucional” (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación” (Negrita y subrayado es nuestro), mientras que en la **STC N° 00022-2009-PI/TC**, fundamento 26, ha dejado establecido que la consulta previa tiene entre sus características principales, extraídas del Convenio 169 de la OIT, los siguientes principios: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) el objetivo de alcanzar un acuerdo; d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta, asimismo, el referido Tribunal Constitucional, ha identificado (STC N° 00022-2009-AI/TC; 00024-2009-AI/TC, fundamento 5; STC N° 00025-2009-AI/TC, fundamento 21), una serie de posiciones ius fundamentales que constituyen el derecho a la consulta, entre las cuales están: a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa, c) el

derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta (Negrita y subrayado es nuestro).

SÉPTIMO: Que, en ese contexto, se tiene pues que la consulta previa coadyuva a promover la participación de los pueblos indígenas en el marco del Estado democrático, toda vez que en virtud de los artículos 3° de la Constitución Política del Perú, el Estado peruano es un Estado democrático y social de derecho, y como tal, la participación ciudadana en el desarrollo del Estado adquiere una posición constitucional relevante, puesto que los ciudadanos que lo conforman presentan diversidades étnicas (STC N° 02196- 2014-PA/TC , fundamento 3), lingüísticas, religiosas, etc. y, entre las diversidades étnicas, se encuentran los pueblos indígenas, las comunidades campesinas o nativas (STC N° 03343-2007- AA/TC, fundamento 30). Por su parte, la consulta previa promueve la participación de los pueblos indígenas u originarios en el desarrollo del Estado 1 y permite que las opiniones de estas comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando su cultura y forma de vida (STC N° 06316-2008-PA/TC , fundamento 21, STC N° 05427-2009-AC/TC , fundamento 57). Consecuentemente, en la medida en que la consulta previa fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado, coopera en el fortalecimiento del Estado democrático y lo legítima.

OCTAVO: Que, asimismo, el Estado democrático y social de derecho tiene como una de sus características, la cláusula de Estado social, la cual tiene entre sus objetivos alcanzar la igualdad material, por lo que la consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente. De esa manera, con la participación de las comunidades indígenas, la consulta previa contribuye a reducir la exclusión a la que históricamente han estado sometidas, preservando su identidad y subsistencia digna.

NOVENO: Que, por tal motivo corresponde manifestar que el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, al tener como origen un tratado internacional que establece los derechos colectivos de los pueblos indígenas, obliga a los Estados firmantes, como es el caso del Perú, a su cumplimiento, de esta manera, en cuanto a la posición ius fundamental, el derecho colectivo a ser consultado ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, se observa que genera entre sus obligaciones, el deber de consultar, mediante procedimientos apropiados, a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

DÉCIMO: Que, así pues, de la revisión de actuados, se tiene que el pedido de cumplimiento efectuado por la parte demandante, el 04 de abril del 2017, fue remitido al Presidente del Congreso, conforme consta a fojas 45; pedido que en la fecha ha derivado en la elaboración del Proyecto de Ley 005-2016/CR, presentado con fecha 09 de agosto de 2016, por el grupo parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida

y Libertad, que contiene el Proyecto de Resolución Legislativa, donde se propone modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, sobre medidas Legislativas que les afecten; hechos y otros adicionales, que así se verifican de la página web del Congreso de la República que, con referencia al estado de tramitación del Proyecto de Ley 005- 2006/CR, aparece el siguiente:

Expediente del Proyecto de Ley 00005/2016-CR

Resolución Legislativa del Congreso que modifica el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten

[Opinión Ciudadana Presente su Aporte.](#)

[Opiniones Ciudadanas Recibidas...](#)

Fecha	Título
28/11/20	Dictamen de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

Proyectos de Ley

Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
00005	09/08/16	Resolución Legislativa del Congreso que modifica el Reglamento del Congreso de la República para incorporar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas legislativas que les afecten

DÉCIMO PRIMERO: Que, de esta manera de los antes descrito, como de la revisión de actuados, se tiene que a la fecha se encuentran publicados: a) el Acta de la Décimo Quinta Sesión Ordinaria Virtual efectuada el 13 de octubre de 2020, en la que se llevó a cabo la sustentación del pre dictamen del Proyecto de ley 05/2016-CR, aprobado por mayoría, y b) el Dictamen emitido por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, en el Periodo Anual de Sesiones 2020-2021, recepcionado por el Área de trámite y digitalización de documentos del Congreso de la República con fecha 28 de noviembre de 2020; debiéndose manifestar que el Dictamen antes referido, concluye en recomendar la “APROBACION” del proyecto de Resolución Legislativa “Ley 005/2016-CR”, con el texto sustitutorio de los artículos 35, 70, 73, 75, 77, 79 y 81 del Reglamento del Congreso de la República, referidos a: Comisiones de grupos de trabajo especializados de Congresistas, Dictámenes, etapas del procedimiento legislativo, requisitos y presentación de las proposiciones, envío a Comisiones y Estudio, debate y aprobación, donde proponen, entre otros: la implementación de un Consejo Consultivo Indígena conformado por organizaciones nacionales representativas de Pueblos Indígenas u originarios, siendo que en el caso de las proposiciones de ley o resolución legislativa que contengan, parcial o totalmente, disposiciones susceptibles de afectar a pueblos indígenas u originarios, las comisiones dictaminadoras solicitarán la opinión de representantes de los pueblos

indígenas, y que por ningún motivo serán exonerados del cumplimiento de estas etapas del procedimiento legislativo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, sin embargo, más allá del hecho que en el propio Dictamen en mención, efectivamente señala que han transcurrido 25 años desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT y más 09 años de la Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y persiste el incumplimiento del Congreso de Implementación del proceso de consulta previa de las medidas legislativas que pueden afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, y a pesar de que el Poder Ejecutivo ha adoptado los procedimientos específicos sectoriales y viene aplicando dicho proceso, el Congreso de la República (lo que implícitamente resulta el reconocimiento de la parte demandada, de su deber de cumplimiento del convenio materia del presente proceso), a la fecha aún no cuenta con el procedimiento específico para aplicarlo, a pesar de esta obligado constitucionalmente, lo que se traduce en que a pesar de que el Convenio 169 de la OIT reúne los requisitos establecidos por el artículo 200° numeral 6) de la Constitución Política del Perú, artículo 65° del Código Procesal Constitucional y la STC N° 0168-2005-PC/TC, la parte demandada, hasta la fecha no ha dado debido cumplimiento del mismo.

DÉCIMO TERCERO: Que, no se debe olvidar, que habiéndose aprobado el proyecto de Ley, lo que debiera continuar, luego de la expedición del Dictamen (que en el presente caso ha sido favorable), es que sea recepcionado por el Consejo Directivo, donde, con el apoyo del Oficial Mayor, del Director General del Parlamento y del Relator, que ordena los proyectos de Ley y los coloca en agenda para su debate en el pleno del Congreso, haga lo propio y con el carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, con el Proyecto de Ley 05/2016-CR, toda vez que desde la entrada en vigencia del Convenio 169, el Estado peruano no ha realizado un proceso de consulta previa, libre e informada de los actos normativos emitidos por el Congreso de la República, conforme está señalado en el propio Dictamen en mención, ya referido líneas arriba.

DÉCIMO CUARTO: Que, por los motivos antes señalados, los agravios expuestos por la parte demandante deben ser acogidos, revocándose la resolución recurrida, y reformándola debe declararse fundada la demanda. Por estos fundamentos expuestos, los Jueces Superiores de la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESOLVIERON:**

REVOCAR la sentencia contenida en la Resolución N° 13, de fecha 23 de febrero del 2021, únicamente en el extremo que declaró improcedente la demanda constitucional de cumplimiento, y reformándola declararon fundada la demanda interpuesta, en consecuencia, se ordena al Congreso de la República, cumpla con lo dispuesto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, como es realizar la consulta previa de leyes que impactan en los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica que conforme

a lo señalado en la presente resolución, deba debatir en el pleno del Congreso, y con el carácter de urgencia en la siguiente legislatura ordinaria o extraordinaria, el Proyecto de Ley 05/2016-CR. Con costos procesales.

En los seguidos por la Confederación Nacional Agraria contra el Congreso de la República, sobre proceso de cumplimiento.

LA ROSA GUILLEN

TAPIA GONZALES

SUAREZ BURGOS

Bibliografía

- Alegría, Ciro. Los perros hambrientos. Patronato del libro peruano. Lima-Perú. 1958.
- Arguedas, José María. Los Ríos Profundo. Ediciones Trilce. Lima-Perú. 2015.
- Arguedas, José María. Indios, Mestizos y Señores. Editorial Horizonte. Lima-Perú. 1985. p.11
- Aguirre, Carlos / Paulo Drinot (editores). La Revolución Peculiar, repensando el gobierno militar de Velasco. IEP. Lima- Perú. 2018.
- Aroca Medina, Javier. El Dilema de los Pueblos Indígenas frente a las industrias extractivas. En: A las Industrias Extractivas. En: TDA, DAR. Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales. AÑO 1 N 1. Palestra. Lima- Perú. 2011.P. 181
- Adjuntía para los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo. Programa Especial de Comunidades Nativas. Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas. Lima- Perú. 1998. P. 13
- Basadre, Jorge. La Historia de la República. Tomo IX. Editorial Universitaria. Lima, 1983.p. 196

- Bustamante Cisneros, Ricardo. Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú. Tesis para optar el grado de Bachiller en la Facultad de Jurisprudencia de la UNMSM. Lima- Perú. 1918. p.59.
- Baudrillard, Jean. Cultura y Simulacro. Letra e. Barcelona- España. 1978. p.8.
- Castro, Augusto. El Desafío de las diferencias, Reflexiones sobre el Estado Moderno en el Perú. CEP-IBC. Lima- Perú. 2008.p. 229
- Contreras, Carlos- Marcos Cueto. Historia del Perú Contemporáneo. Institutos de Estudios Peruanos. Lima-Perú. 2007
- Cotler, Julio. Clases, Estado y nación en el Perú. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978. P. 181
- Centro Peruano de Estudios Sociales- CEPES. Reforma Agraria y Desarrollo Rural en la Región Andina. Lima-Perú. 2006. p. 13-14.
- Cieza de León, Pedro. La Crónica del Perú. Peisa. Lima- Perú. 1988. P. 251
- Chirif, Alberto. En: Valcárcel, Carlos. El Proceso del Putumayo y sus secretos inauditos. CETA. Iquitos- Perú. 2004. p. 25
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Guía de Derecho Ambiental. Jurista Editores. Lima-Perú. 2009.
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Principios del Derecho Ambiental en un Estado Constitucional Democrático. Jurista Editores. Lima-Perú. 2018.
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Certificación Ambiental en los Proyectos Extractivos. Jurista Editores. Lima-Perú. 2018.
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa en la Certificación Ambiental y los Proyectos Extractivos. Jurista Editores. Lima-Perú. 2019.
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Responsabilidad Civil Ambiental en proyectos extractivos. Jurista Editores. Lima-Perú. 2020

- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. El procedimiento sancionador ambiental. Jurista Editores. Lima-Perú. 2020
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa y el Consentimiento Libre e Informado en las Concesiones Mineras, Petroleras y eléctricas. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2021
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa y el Consentimiento Libre e Informado en los proyectos de infraestructura. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2021
- Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa: Convencional, Constitucional y Necesaria. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2022
- De las Casas, Bartolomé. Brevisima relación de la destrucción de las Indias. Sarpe. Madrid-España. 1985.p. 49-50.
- Gamboa Balbín, Cesar Leonidas. Tensiones entre la visión de desarrollo y conservación de políticas públicas y los derechos de los pueblos indígenas y políticas sobre conservación y extracción en los andes amazónicos. Tesis para obtener el grado académico de doctor en Derecho y CC. PP de la UNMSM. Lima-Perú. 2017.
- Gonzales Prada, Manuel. Horas de Lucha. Editora y Distribuidora Lima. Lima-Perú. 1900. p.294
- Guamán Poma de Ayala, Felipe. Nueva Crónica y Buen Gobierno. Datil. es. Lima- Perú. 2010. p. 141-142
- Jan Douwe van der Ploeg. El Futuro Robado. Tierra, agua y lucha campesina. IEP. Lima Perú. 2006. p. 11
- Ministerio de Cultura. Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2016.
- Ministerio de Cultura. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2016.

- Ministerio de Cultura. Consulta Previa. Orientaciones para la participación de los Pueblos Indígenas u Originarios. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2015.
- Ministerio de Cultura. La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en el sector Hidrocarburos. La Experiencia de los Lotes 164, 189 y 175. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2015.
- Ministerio de Cultura. Derecho a la Consulta Previa. Módulos de Capacitación. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2014.
- Ministerio de Cultura. La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en el sector Hidrocarburos. La Experiencia de los Lotes 169 y 195. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2014
- Ministerio de Agricultura. Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Por un aprovechamiento sostenible. Grafica Publicitaria Exterior Perú SRL. Lima-Perú.2012. p.35
- Majluf Natalia. La Invención del Indio. IEP. Lima-Perú. 2022. p.279-280
- Mariátegui José Carlos. 7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana. Empresa Editora Amauta. Lima-Perú. 1980. p.40
- Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano-1994.
- McEvoy Carmen. No hay república sin indios: Juan Bustamante y su proyecto integrador. En: McEvoy Carmen. En pos de la República. Ensayos de historia e intelectual. IEP. Lima Perú. 2019. p.230-231
- Leyva, Ana. Consúltame de verdad, aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero. Oxfam- Cooperación. Lima-Perú.2018.
- Spalding, Karen. De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonial. IEP. Lima- Perú. 1974. p. 31
- **Nelson Manrique.** Racismo, una mala palabra. Acerca de un texto de Guillermo Rochabrún. En:MINCU. Racismo, ¿solo un juego de palabras? IEP. Lima- Perú. 2014. p.20-21

- Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” 24 de abril de 2009.
- Red Jurídica para la Defensa de la Amazonia. La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia y Perú. Lima- Perú. 2009. P. 165
- Santos Granero, Fernando y Frederica Barclay: La frontera domesticada: Historia económica y social de Loreto, 1850-2000. Lima: PUCP.2002. pp.313-314
- Santos Granero, Fernando. Esclavitud y utopía. Las guerras y sueños de un transformador del mundo ashaninka. IEP. Lima-Perú. 2020.107-108
- Sáenz Moisés. Sobre el Indio Peruano y su incorporación al medio nacional. Publicaciones de la Secretaria de Educación Pública. México. 1933. p.199
- Sifuentes Marco. Casi Bicentenarios. Planeta. Lima-Perú. 2021. 79-80
- Sivorichi, Atilio. Derecho Indígena Peruano. Ediciones Kuntur. Lima. Perú. 1946. p.48
- Vega, Juan José. La Emancipación frente al Indio Peruano. La legislación indiana del Perú en la iniciación de la República: 1821-1830.Tesis Universitaria. UNMSM. Lima-Perú. 1958. p. 53.
- Valcarcel Luis E. Tempestad en los Andes. Populibros peruanos. Lima-Perú.1963.p.29-30



Mural Indígena en el Colegio Nacional de Yarinacocha