

Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú:

o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla*

Juan Carlos Ruiz Molleda**

Resumen:

El objetivo del artículo es revisar y analizar los diferentes argumentos y pretextos jurídicos utilizados por el Gobierno y el sector privado en el Perú, para que el primero incumpla o evada su obligación jurídica de realizar el proceso de consulta previa con los pueblos indígenas en el Perú, esto cada vez que el Estado prevé adoptar una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. En buena cuenta lo que hace el artículo es analizar los problemas jurídicos encontrados al momento de implementar la consulta previa en nuestro ordenamiento jurídico. Si tenemos en cuenta que el Convenio 169 de la OIT, y el derecho a la consulta estaban vigentes, y eran exigibles en el Perú desde el 2 de febrero del año 1995, y que el Tribunal Constitucional ha dicho en jurisprudencia vinculante, que el referido convenio es una norma que no necesita desarrollo legislativo para desplegar sus efectos normativos, podemos concluir, que más que argumentos, se trata de pretextos jurídicos.

Palabras clave:

Consulta previa – Pueblos indígenas – Derecho a la participación – Convenio 169 de la OIT – Talleres informativos – Derecho a la identidad cultural

Abstract:

The objective of this article is to review and analyze the different arguments and legal excuses made by the Government and the private sector in Peru, this for the purpose of that the first-mentioned institution fails or avoids its juridical obligation of execute the preview consultation process for the indigenous peoples in Peru, this whenever the State is going to adopt a legislative or administrative measure susceptible that will affect directly to the indigenous peoples. In summary, this article seeks to analyze about the juridical problems founded at the moment of the implementation of the preview consultation process in our Legal System. If we consider that Convention 169 ILO, and the right to consult has been in force since February 2nd of 1995, and the Constitutional Court established on binding jurisprudence that the Convention in question is a norm that no needs a legislative development for its effectiveness, thus we can conclude that, rather than arguments is about legal excuses.

Keywords:

Preview consultation process – Indigenous peoples – Right to participation – Convention 169 OIL – Informational workshops – Right to Cultural Identity

* Este artículo es una versión actualizada del artículo escrito por el autor titulado «Los intentos del Estado de incumplir con la consulta previa y con el Convenio 169 de la OIT», disponible en: < <http://jruizmolleda.blogspot.com/2013/05/los-intentos-del-estado-de-incumplir.html> >.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con experiencia de trabajo en Derecho Parlamentario, Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Actualmente es coordinador del Área de Pueblos Indígenas y Litigio Constitucional del Instituto de Defensa Legal (IDL).

Sumario:

1. Introducción – 2. Posición del Ministerio de Energía y Minas. Las Comunidades Campesinas y Nativas no pueden exigir el Derecho a la Consulta mientras no se desarrolle legislativa y reglamentariamente el Derecho a la Consulta previa – 3. La posición de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Gobierno. Las comunidades costeñas y de la sierra no son pueblos indígenas – 4. La posición del Tribunal Constitucional. La consulta previa solo es exigible desde junio del año 2010 – 5. El intento de hacer pasar «talleres informativos» por Consulta Previa – 6. La posición del Congreso de la República en la Ley de Consulta Previa. La consulta solo es exigible luego de la publicación de Ley de Consulta – 7. La posición del Congreso. Los nuevos requisitos exigidos por el artículo 7 de la Ley de Consulta para ser considerado pueblo indígena – 8. La posición del Ministerio de Cultura en el Reglamento de la Ley de Consulta. Solo se aplica la consulta a los actos posteriores a la entrada en vigencia de este reglamento – 9. La base de datos del Ministerio de Cultura intenta excluir «otra vez» a las comunidades campesinas de la consulta previa y del Convenio 169 de la OIT – 10. El acuerdo previo como mecanismo para evitar los procesos de consulta previa – 11. La posición del Viceministerio de Interculturalidad (VMI): solo se consulta las medidas que aún no han sido aprobadas – 12. Nuestra posición sobre la validez de los actos administrativos inconsultos: ¿qué hacer con las concesiones mineras y petroleras no consultadas? – 13. Crítica a las diferentes tesis del Gobierno para incumplir con la consulta previa – 14. Palabras finales

1. Introducción

Han pasado 3 años y medio desde que se aprobó la Ley de consulta¹, y casi 19 años desde que entró en vigencia el Convenio 169² en el Perú y hasta la fecha, no hay una sola concesión minera o forestal en territorio de los pueblos indígenas consultada, salvo excepción del lote petrolera 169. Si bien el Viceministerio de Interculturalidad ha anunciado la realización de varios procesos de consulta, es evidente que algo no está funcionando. ¿Por qué no se puesto en práctica la consulta previa como todos preveíamos? ¿Cuáles son las principales dificultades en la implementación? A continuación intentaremos presentar una sistematización de los argumentos utilizados por el Gobierno para incumplir y postergar la implementación de la ley de consulta.

2. Posición del Ministerio de Energía y Minas. Las Comunidades Campesinas y Nativas no pueden exigir el Derecho a la Consulta mientras no se desarrolle legislativa y reglamentariamente el Derecho a la Consulta previa³

El primer intento fue cuando la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas contestó las demandas de inconstitucionalidad presentadas por el pueblo indígena Awajun, contra varios decretos legislativos expedidos por el Gobierno en el marco de la delegación de facultades legislativas, a propósito de la implementación del TLC con USA. Nos referimos a las sentencias

recaídas en los expedientes N° 00022- 2009-PI; 00023- 2009-PI; 00024- 2009-PI; 00025- 2009-PI; 00026- 2009-PI; 00027- 2009-PI y 00028- 2009-PI.

Dos fueron los argumentos utilizados por el Gobierno para no cumplir con el derecho a la consulta y no aplicar el Convenio 169 de la OIT: primero, que la población peruana es mestiza, y segundo, que no se puede consultar mientras no haya ley de consulta. Eso se desprende de la sentencia N° 00022-2009-PI en la parte referida a la contestación de la demanda:

«Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo qué procedimiento se producirá la consulta».
(Contestación de la demanda)

Ciertamente este argumento fue refutado por el Tribunal Constitucional en una sentencia vinculante de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (Ley No 28237):

«no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de

1 Ley 29798, publicada el 7 de setiembre de 2011.

2 Entró en vigencia el 2 de febrero de 1995.

3 Ver nuestro artículo El MINEM se ríe de la consulta previa: desacata sentencias vinculantes del TC y de la Corte Suprema y el Convenio 169 OIT. Disponible en <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1224>>.

los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado». (f.j. 12)

El argumento del Gobierno es equívoco, pues implicaría admitir que las normas constitucionales no son jurídicas, sino programáticas, es decir, que para desplegar efectivos jurídicos necesitan la intermediación del Congreso. Esto es inadmisibles en un Estado Constitucional como el peruano, donde se ha reconocido no solo que la Constitución es una norma jurídica, y de la mayor jerarquía sino, que tiene efectos jurídicos inmediatos.

Esta posición ha sido asumida por el Ministerio de Energía y Minas y luego por el Viceministerio de Interculturalidad, cuando sostienen que la ley de consulta publicada el 7 de setiembre del año 2011, no se aplica antes de esa fecha, porque las leyes no son retroactivas, ignorando que la obligación de consultar nace con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, el 2 de febrero del año 1995.

3. La posición de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Gobierno. Las comunidades costeñas y de la sierra no son pueblos indígenas

Este planteamiento se hizo al momento de realizar observaciones a la autógrafa de la ley de consulta aprobada por el Congreso en mayo del año 2009⁴. En aquella oportunidad el Gobierno cuestiona que se extienda a las comunidades campesinas andinas y costas la calificación de pueblos indígenas⁵. Advértase la sexta observación del Gobierno:

«La comunidad andina, como institución española en Castilla e impuesta por la legislación virreinal en 1570, está sustantivamente vinculada a la ciudad, al comercio y a los servicios del Estado, superponiéndose en muchos casos los distritos con las comunidades. Más aún, en muchas comunidades costeñas aún existentes en lo formal, actúan como empresas inmobiliarias en beneficio de sus dirigentes en el negocio de terrenos y playas. Lamentablemente, como está redactada la Autógrafa pueden reclamar ser

«pueblos originarios» y reivindicar su derecho a dar «consentimiento» a obras públicas o al ejercicio de la nación sobre los bienes del subsuelo». (pág. 7)

En otro momento señaló el Gobierno en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI en la parte referida a la contestación de la demanda:

«(...) que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas–, con el «desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra» (sic). En tal sentido, alegan que «darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana». Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas» (STC No 00022-2009-PI, f.j. 11)

El Estado se contradice de manera increíble. En efecto, esta es una posición diferente a la posición oficial del Estado peruano expresada a la OIT, según la cual, las comunidades campesinas y las comunidades nativas son colectividades similares a los pueblos indígenas y en esta medida tienen los mismos derechos étnicos y culturales que éstos. Así lo informó el Estado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión se refirió a lo manifestado por el Estado y, además, reiteró que las comunidades campesinas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT⁶ y, en consecuencia, reafirmó que están protegidas integralmente por este Convenio. A continuación transcribimos lo que dijo la CEACR en sus observaciones individuales sobre Perú:

«La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley núm. 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos.⁷ La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades

4 Carta del Gobierno al Congreso con las observaciones a la autógrafa <<http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20100622-Observacion.pdf>>.

5 Ver documento de IDL de análisis de las observaciones a la autógrafa <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc15072010-121551.pdf>.

6 Convenio 169 de la OIT, artículo 1. «El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio».

7 Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano Artículo 2.- Definiciones. Pueblos Andinos.- «Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa».

campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectivos similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación. Sin embargo, parece haber diferencias en la aplicación del Convenio, especialmente en cuanto a su alcance. La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación [...] La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio»(negrita agregada)⁸.

Finalmente, el Gobierno desconoce que no basta tener personería jurídica como comunidad campesinas o nativa para invocar la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Se debe contar con los requisitos contemplados en el artículo 1 de este instrumento internacional.

4. La posición del Tribunal Constitucional. La consulta previa solo es exigible desde junio del año 2010⁹

Se trata de la resolución recaída en el expediente N° 06316-2008-AA Aclaración, expedida a raíz de un recurso de aclaración presentado por AIDSESP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana). Lo escandaloso es lo que se señala en el punto 2 de la parte resolutive: «Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento». En otras palabras, que el derecho a la consulta previa

de los pueblos indígenas sólo es exigible desde el 9 de junio del año 2010 (fecha en que se expide la sentencia 00022-2009-PI/TC), y ya no desde el año 1995 como lo dijo inicialmente en otras sentencias

No obstante ello, el TC sostuvo en la resolución aclaratoria en el expediente 06316-2009-PA, que «la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC», esto, desde el 9 de junio del año 2010. Esta posición errática, fue luego rectificada en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI/TC.

El objetivo era evidente, blindar y poner un «candado» para que los actos administrativos y normativos expedidos luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultados, no puedan ser revisados ni ser objeto del control constitucional. El fundamento de este pronunciamiento está, según el propio TC, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que realizan industrias extractivas.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Esto implica que conforme a lo establecido en el artículo 38.3° del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Es decir, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento.

5. El intento de hacer pasar «talleres informativos» por Consulta Previa¹⁰

Esta fue la posición del Ministerio de Energía y Minas en el primer reglamento de la Ley de Consulta Previa: la consulta solo es exigible luego de la publicación del Reglamento. Según la 1ra Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, publicada el 12 de mayo del año 2011, norma que aprobó el Reglamento del procedimiento del proceso de consulta de actividades minero energéticas, a los actos administrativos que afectan a los pueblos indígenas, adoptados con anterioridad a la publicación de esta norma se les aplicará las normas de participación ciudadana que regulan las actividades mineras y petroleras.

⁸ CEACR, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)* Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero y cuarto.

⁹ Ver pronunciamiento de IDL, disponible en < <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/retrocesoTC.pdf>>.

¹⁰ Ver nuestro artículo «Consulta previa vs Política energética: La falsa disyuntiva. A propósito de la validez de los «talleres informativos» realizados por las empresas mineras y petroleras entre 1995 y el 2011. Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1137>>.

«Primera.- Los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la presente norma se regirán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad».

Nos referimos al Decreto Supremo N° 028-2008-EM (Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero) y al Decreto Supremo N° 012-2008-EM (Reglamento para la Participación Ciudadana de las Actividades de Hidrocarburos). La magia que hacen estas normas que regulan la participación ciudadana es increíble: primero reconocen el derecho a la consulta previa con bombos y platillos (ver el artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM y el artículo 4 del DS 028-2008-EM), y luego dicen, que este derecho se ejercerá a través de los mecanismos de participación ciudadana contenido en esas mismas normas. ¿Dónde está la trampa? En que cuando uno revisa los diferentes mecanismos de participación ciudadana de estas normas (art. 6 del DS N° 028-2008-EM), no encuentra nada que se parezca a la consulta. Lo más cercano son los talleres informativos, que no exoneran al Estado de su responsabilidad de consultar con los pueblos indígenas (06316-2008-AA/TC, f.j. 25)¹¹.

Luego, el 07 de setiembre del año 2011 se publica la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley 27985). Según su cuarta Disposición Complementaria Final (DCF), esta ley entró en vigencia el 07 de diciembre del año 2011 (noventa días después de su publicación). Esta norma en su 3ra Disposición Complementaria Final derogó el D.S. N° 023-2011-EM, estableciendo en su 2da Disposición Complementaria Final que esta norma no modifica las normas que regulan la participación ciudadana en actividades extractivas. Con lo cual, las concesiones entre el 12 de mayo del 2011 y el 7 de diciembre del mismo año, se sujetarán a las cuestionadas normas que regulan la participación ciudadana antes mencionadas (D.S. N° 028-2008-EM, y al D.S. N° 012-2008-EM). En síntesis, no existe el Convenio 169 de la OIT y tampoco el derecho a la consulta.

El problema con estas normas como lo precisó el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 05427-2009-PC (f.j. 62), es que:

«ninguno de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar «talleres informativos» con

las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado». Al respecto, 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». (Subrayado nuestro)

Es evidente que estos talleres si bien son importantes para la difusión, no exoneran al Estado de su obligación de realizar los procesos de consulta. ¿Por qué los talleres informativos no son procesos de consulta? i) Porque no los ha organizado el Estado sino las empresas extractivas. ii) Porque no permiten a los pueblos indígenas acceder a información suficiente e idónea para evaluar la conveniencia de la actividad extractiva antes del taller. iii) Porque no se les da el tiempo necesario y las condiciones para que los pueblos indígenas mediten y reflexionen con sus asesores técnicos sobre la pertinencia de esta medida. iv) Porque no permiten a la población expresar su opinión, pueden preguntar y nada más. v) Porque la consulta es un «proceso de diálogo», con diferentes etapas como lo señala el artículo 8 de la Ley de Consulta Previa, a diferencia de los talleres que son un taller aislado, concebidos muchas veces como requisitos burocráticos a ser cumplidos, y que en los hechos según esta versión, traban o demoran la realización de actividades extractivas¹². vi) Porque tiene diferentes finalidades.

En los talleres informativos los pueblos indígenas son «informados», es decir convidados de piedra, son simples espectadores cuya opinión no es solicitada porque resulta irrelevante en los hechos. En cambio según el artículo 3 de la ley de consulta: «La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos».

11 Una explicación más detallada en: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos «La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas». IDL, Lima, 2011, pág. 295. Revisar en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>>.

12 Si alguien duda sobre la veracidad de lo manifestado, pueden encontrar material de video en el siguiente enlace: <<http://www.youtube.com/watch?v=Z1uH46-mK70>>.

Pero además, intentar homologar talleres participativos por consulta previa revela mala fe y acarrea la nulidad de los pseudo procesos de consulta. Según el propio Tribunal Constitucional «el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta». Añade que el principio de buena fe debe ser comprendido como «aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta» (STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 27). Al ser este principio un elemento de contenido constitucional protegido (exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 37), su violación trae como consecuencia el vicio de cualquier presunto proceso de consulta. Basta con solo este argumento para declarar nulo cualquier intento de hacer pasar talleres informativos por procesos de consulta previa.

Pero además, el propio Comité de expertos de la OIT, en su informe del año 2010, ha señalado en relación con los talleres informativos lo siguiente: «la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio»¹³.

No obstante, como es de conocimiento público, la Corte Suprema, en una reciente e histórica sentencia, recaída en un proceso constitucional de acción popular litigado por el Instituto de Defensa Legal –IDL, contra dos decretos supremos que regulaban la participación ciudadana en materia de minería y de hidrocarburos (Decretos Supremos N° 028-2008-MEM y N° 012-2008-MEM), acaba de declarar inconstitucional aquellas disposiciones de estas normas que pretendían hacer pasar precisamente talleres informativos por consulta previa. Nos referimos a la sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, recaída en el expediente N° 2232-2012¹⁴.

6. La posición del Congreso de la República en la Ley de Consulta Previa. La consulta solo es exigible luego de la publicación de Ley de Consulta

Según su 2da Disposición Complementaria y Final, esta ley no modifica las normas que regulan la participación ciudadana en actividades extractivas. Con lo cual, se reconoce que los actos administrativos anteriores a ella se sujetaran a las cuestionadas normas que regulan la participación ciudadana antes mencionadas (D.S. N° 028-2008-EM, y al D.S. N° 012-2008-EM)¹⁵. En síntesis, no existe el Convenio 169 de la OIT y tampoco el derecho a la consulta antes de la vigencia de la Ley de consulta previa.

«SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia».

Pero además, resulta evidente cómo se intenta blindar los actos legislativos y administrativos, adoptados con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en febrero del año 1995 y con anterioridad a la publicación de esta ley. Se olvida que todo acto público que viola derechos fundamentales o de rango constitucional es nulo.

Constitución Política

«Artículo 31°. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos».

Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444)

«Art. IV, inciso 1.1

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del

13 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010. : «La Comisión desea resaltar que el artículo 6 del Convenio dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Si bien el artículo 6 del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se requiere, como lo subrayó esta Comisión en su observación general sobre el Convenio de 2008, que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados «a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso». La Comisión desea resaltar que el Convenio requiere que se establezca un diálogo genuino entre las partes interesadas que permita buscar soluciones concertadas y que, si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio». (pág. 934).

14 Ver nuestro artículo «Corte Suprema emite histórica sentencia para el derecho a la consulta frente a la explotación de hidrocarburos y minería». Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1129>>.

15 En realidad los actos administrativos adoptados entre el 12 de mayo del 2011, fecha en que dejó de tener efectos el D.S. N° 023-2011-EM, y el 7 de diciembre del mismo año.

acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias».

7. La posición del Congreso. Los nuevos requisitos exigidos por el artículo 7° de la Ley de Consulta para ser considerado pueblo indígena

El Congreso ha intentado incorporar nuevos requisitos para calificar un pueblo indígena en la ley de consulta de previa, los cuales independientemente de la intención de sus autores, podrían excluir a muchos pueblos indígenas de la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Nos referimos al artículo 7° de la Ley de consulta (Ley N° 29785), cuando de manera sutil, intenta introducir nuevos requisitos a los establecidos en el mencionado Convenio, para que un colectivo sea considerado pueblo indígena.

Convenio 169 de la OIT

«Art. 1. El presente Convenio se aplica: [...] b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

Ley de Consulta Previa (29785)

«Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios.

Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional».

Si se advierte bien, se exige no solo descendencia de pueblos originarios sino descendencia «directa», lo que no está en el Convenio 169 de la OIT. Luego desaparece la parte en que el Convenio señala conservar «parcialmente» las costumbres. La mejor prueba del exceso del Congreso, es que el propio artículo 3.K del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, corrige esta situación en los

siguientes términos: «Los criterios establecidos en el artículo 7° de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT».

8. La posición del Ministerio de Cultura en el Reglamento de la Ley de Consulta. Solo se aplica la consulta a los actos posteriores a la entrada en vigencia de este reglamento

De acuerdo con el artículo 2° de Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que aprobó el Reglamento de la Ley de consulta previa:

«Artículo 2°.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación».

El artículo 2° del Decreto Supremo 001-2012-MC (no del Reglamento), establece que el reglamento solo se aplica a los actos administrativos y normativos posteriores a la entrada en vigencia de este decreto supremo. Esto significa que las decisiones normativas y administrativas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en febrero del año 1995 y con anterioridad a la expedición de la ley de consulta (Ley 29785) el 7 de setiembre del año 2011, no serán objeto de proceso de consulta. Esto desconoce la jurisprudencia del TC que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995. Tal como lo ha reconocido el propio TC cuando precisó que:

«La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento»¹⁶.

16 Como señala el TC en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI «La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado

9. La base de datos del Ministerio de Cultura intenta excluir «otra vez» a las comunidades campesinas de la consulta previa y del Convenio 169 de la OIT

En efecto, mediante la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, se aprobó la Directiva N° 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, la misma que de manera poco clara y con párrafos contradictorios, incorpora dos nuevos requisitos para ser considerado pueblo indígena: 1) mantener la lengua indígena y 2) permanecer en el territorio ancestral.

Requisito	Directiva
Incorporación del requisito de conservar la lengua	«7.1.5 La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo»;
Incorporación del requisito de permanecer en el territorio ancestral	«7.1.5.- La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: [...] tierra comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial». «7.1.3.- [...] «conexión territorial», entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas»

Materialmente, en los hechos, se están agregando dos nuevos requisitos que no estaban en el inciso 1 numeral b del Convenio 169 de la OIT. Según este último, el referido convenio se aplica a los pueblos «considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas». Asimismo agrega en el inciso 2 del artículo 1° que «La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar

los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio». Es decir, según el Convenio 169 de la OIT será pueblo indígena aquella colectividad que 1) descienda de un pueblo originario, 2) que conserve «total o parcialmente» sus costumbres y demás instituciones, y 3) que tenga conciencia de su propia identidad cultural, es decir que sea un pueblo distinto de los demás. Estos son los únicos criterios.

A pesar que en la propia directiva se reconoce que «La Base de Datos tiene carácter declarativo y referencial. Dada su naturaleza distinta a la de un registro, no es constitutiva de derechos» (numeral 6.5), la base de datos es una herramienta para definir quiénes son los pueblos indígenas en el Perú, como lo sugiere el artículo 20° de la ley de consulta y 29° de su reglamento. Si no, entonces, nos preguntamos cuál es el sentido de su elaboración.

Más allá de la real intención de sus autores, lo cierto es que tenemos una directiva cuyo texto da cobertura a interpretaciones que pueden desnaturalizar lo exigido por el Convenio 169 de la OIT y excluir su aplicación a colectivos que sí reúnen los requisitos para ser considerado pueblo indígena. Si bien lo ideal es que los pueblos indígenas conserven su lengua y permanezcan en su territorio ancestral, no podemos descartar casos, donde fruto del mestizaje o la imposición, estos pueblos dejaron de usar su lengua.

10. El acuerdo previo como mecanismo para evitar los procesos de consulta previa¹⁷

Como dicen los abogados en el Perú, «las normas se acatan pero no se cumplen». Esa fue la propuesta contenida en la quinta disposición complementaria y final¹⁸ del proyecto de reglamento del derecho a la consulta, presentado por el Viceministerio de Interculturalidad¹⁹. Dicha norma consagra el acuerdo previo, el cual constituye una forma «legal» de saltarse la obligación de consultar con los pueblos indígenas.

Esta norma intentó dar cobertura normativa en la práctica, a las compraventas que empresas hacen de las tierras de las comunidades campesinas

mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento... Esta regla devienen en vinculante en virtud del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237.

17 Ver: Crítica a la figura del «acuerdo previo» entre pueblos indígenas y empresas que realizan actividades extractivas en territorios indígenas. Revisar en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc11042013-214344.pdf> .

18 «QUINTA.- Acuerdo Previo
El proceso de consulta es independiente, y complementario, de la obligación prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, modificado por la Ley N° 26570».

19 DEL RÍO, María Luisa Entrevista por el Diario «El Comercio» al actual Viceministro de Interculturalidad Ivan La Negra Quispe. Entrevista del día 30 de Octubre del año 2011.. Ver: <<http://blog.pucp.edu.pe/item/146263/la-ley-de-consulta-requiere-un-cambio-de-vision-entrevista-para-el-comercio>>.

y nativas (pueblos indígenas), no pocas veces a precios ínfimos, con la finalidad de evitarse la obligación de realizar el proceso de consulta, lo que está ocurriendo principalmente en la sierra y con concesiones mineras. No en vano muchos estudios de abogados recomiendan a las empresas mineras que patrocinan, que compren las tierras de las comunidades campesinas en cuyo territorio realizarán su actividad minera.

En otras palabras, las empresas mineras no están utilizando la figura de la servidumbre minera regulado por el artículo 7° de la Ley 26505²⁰ y su reglamento (D.S. N° 017-96-AG). Según el mencionado artículo, «*La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley*». La mejor prueba de ello, son poquísimas las servidumbres mineras registradas en el Ministerio de Energía y Minas.

¿Por qué la figura del «acuerdo previo» es inconstitucional? Porque desconoce la especial protección que el ordenamiento constitucional e internacional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas, el cual tiene su fundamento, en la especial importancia que la tierra y el territorio tiene para los pueblos indígenas. Eso lo dice el artículo 31.1° del Convenio 169 de la OIT: «*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*».

En esa misma líneas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado «*la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras [...]La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*»²¹.

En otra oportunidad, la Corte IDH en jurisprudencia vinculante precisó que «*entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*»²².

En ese mismo sentido se pronuncia Bartolomé Clavero²³ en su blog. Según este «*El derecho territorial indígena no es así sólo un derecho de orden civil derivado de un código o de una mera ley, sino también, como derecho humano, un derecho de alcance constitucional o, dicho mejor, preconstitucional, un derecho al que, como a todos los derechos humanos, la Constitución del Estado y el Estado mismo se deben. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios no depende de la Constitución ni de ley, de poder constituyente ni de poder constituido, sino que les precede*». Añade que «*Hay con todo esto una 'relación especial de los pueblos indígenas y sus territorios'*», algo que no cabe reducirse al simple derecho de propiedad de cualquier titular privado por muy derecho humano que éste también se califique»²⁴.

El Tribunal Constitucional algo de esto ha dicho, aunque tímidamente en su sentencia N° 00022-2009-PI. En el fundamento 52 precisa que «*cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales*». Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su último informe sobre el derecho al territorio y a los recursos naturales²⁵, ha desarrollado el amplio contenido específico del derecho de propiedad al territorio y cómo la falta protección de este derecho constituye un obstáculo para el goce efectivo de otros derechos de los pueblos indígenas.

20 Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo 1064 y restituido por la Ley 29376.

21 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrafos 124 y 135.

22 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 149.

23 Ver <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=10554>>.

24 Ibídem.

25 CIDH, «*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*». Puede ser revisado en: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>.

La conclusión es evidente, en razón de esta especial importancia que la tierra tiene para los pueblos indígenas, la figura del «acuerdo previo» es inconstitucional, al desproteger dicho derecho de rango constitucional, como consecuencia de su tratamiento como un derecho civil más. Esta falta de adecuación del «acuerdo previo» a las normas que establecen la especial protección genera un vicio de nulidad que acarrea su invalidez. El sustento jurídico de ello es que los derechos constitucionales y los que provienen del derecho internacional de los derechos humanos, son criterios de validez material de la actividad legislativa del poder político y de la libertad contractual de las empresas cuando compran las tierras de los pueblos indígenas²⁶. Urge en consecuencia adecuar esta figura al Convenio 169 de la OIT y su desarrollo jurisprudencial. El empleo de la figura del acuerdo previo, es decir, del ejercicio del derecho a la libertad contractual y la autonomía privada para vaciar de contenido el derecho al territorio de los pueblos indígenas constituye un «abuso del derecho», reconocido en el artículo 103° de la Constitución Política.

En realidad todo esto está poniendo en evidencia un problema mayor, y que debe ser rápidamente corregido, y es que seguimos viendo los derechos de los pueblos indígenas que son derechos de naturaleza constitucional que caen en el ámbito del derecho público, con categorías del derecho civil y privado, las cuales no solo desnaturalizan y desfiguran los derechos de los pueblos indígenas, sino que en los hechos desprotegen y dejan en la indefensión a estos. Se está interpretando normas que afectan a los pueblos indígenas, de espaldas al cuerpo jurídico de normas de rango constitucional que desarrollan los derechos de los pueblos indígenas (Convenio 169 de la OIT y su desarrollo jurisprudencial por la Corte IDH).

Según Néstor Sagüés, estamos ante una visión esencialmente «jusprivatista» del mundo jurídico, que identifica «derecho» con el Derecho Civil. Según este, el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un «derecho débil», a menudo vapuleado por el poder político²⁷. Así, varios juristas procuran mostrar al derecho privado como derecho «mejor», en el sentido edénico de derecho «neutral», «puro», no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho

Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como del propio derecho internacional de los pueblos indígenas. Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal y/o reglamentario, «se tiende a abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional». Es normal que se «capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el Derecho Civil»²⁸.

La ausencia de mentalidad constitucionalista en los abogados que aplican las normas sobre concesiones mineras no formados en el Derecho Constitucional, aparte de llevar a visualizar a este último con los ojos de otras disciplinas, ocasiona una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos de los pueblos indígenas. Siguiendo a Sagüés, para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 de la OIT son básicamente un fenómeno extra normativo, un «instrumento de gobierno» entendido como una suerte de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes. Por ello, resulta insoslayable, que los abogados incorporen en su caja de herramientas jurídicas el principio de supremacía constitucional. Esto es muy importante y tiene enormes consecuencias para la suerte de los pueblos indígenas. Como dice «el derecho positivo sub constitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho sub constitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución»²⁹.

11. La posición del Viceministerio de Interculturalidad (VMI): solo se consulta las medidas que aún no han sido aprobadas³⁰

Esta posición la desarrolló al rechazar el pedido de la comunidad campesina de Sajo en Juli, Puno, de iniciar el proceso de consulta previa del lote petrolero 156³¹.

26 En este artículo retomamos algunas ideas desarrolladas en nuestro artículo «¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?». Puede ser revisado en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701>>.

27 SAGÜÉS, Néstor. «Del juez legal al juez constitucional». En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, Número 1. Lima: Abril 2011, p. 26.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*, p. 29.

30 Ver nuestro artículo Viceministerio de Interculturalidad rechaza la consulta previa de actos anteriores al 2011: Cuando el capricho y la arbitrariedad reemplazan las razones jurídicas. Disponible en: <www.servindi.org/actualidad/101631>.

31 Link a carta del Viceministerio de Interculturalidad <<http://es.scribd.com/doc/208308149/140214165312-0001-4>>

El argumento del VMI es que no se consulta las medidas administrativas –se entiende que afectan a los pueblos indígenas– ya aprobadas. En otras palabras, lo que dice es que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas solo es exigible desde el 11 de setiembre del año 2011, fecha en que fue publicada la ley de consulta (Ley No 29785). En ese sentido, al ser el lote 156 de fecha 16 de abril del año 2009, no se consulta. Precisa el VMI que: «Por lo señalado se considera que la solicitud de petición presentada por Mauro Dino Achata Gómez no es procedente, ya que de acuerdo con el marco normativo nacional del derecho a la consulta previa, no es posible realizar la consulta sobre medidas aprobadas».

El argumento del VMI es la segunda disposición complementaria y final de la ley de consulta previa, que blinda los actos administrativos expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de consulta. Según dicha disposición: «Segunda. La presente ley no [...] modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efectos las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia».

La posición asumida por el VMI es «absolutamente» incompatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH que admite la posibilidad de revisar actos administrativos no consultados con los pueblos indígenas. En efecto, la sentencia de la Corte IDH (vinculante en nuestro ordenamiento) sobre el Caso Saramaka, en el párrafo 196 letra a, permite la revisión de concesiones otorgadas por el Estado en tiempos anteriores: «Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka».

El recurso de aclaración es incompatible con lo recomendado por la CEACR y contrario a lo establecido por la jurisprudencia constitucional comparada más autorizada. En efecto, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en su informe del año 2010, recomendó al Estado Peruano «suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan

a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio»[1]. De la misma opinión ha sido la Corte Constitucional de Colombia, la cual en su última sentencia sobre el derecho a la consulta (T-769-09) en casos similares, ordena «a todas las autoridades accionadas, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan SUSPENDER las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación».

El VMI se ha alineado con la posición del MINEM de rechazar la consulta previa de concesiones anteriores al año 2011. No se crea que la tesis del VMI sea novedosísima, muy por el contrario, es la misma que de manera sistemática ha sido invocada por el MINEM³² y por Perupetro³³, para negarse sistemáticamente, para justificar su negativa a realizar el proceso de consulta previa de los lotes petroleros y de las concesiones mineras³⁴.

12. Nuestra posición sobre la validez de los actos administrativos inconsultos: ¿qué hacer con las concesiones mineras y petroleras no consultadas?³⁵

La mayoría de los intentos del Estado de evadir el cumplimiento de la ley de consulta, han ido sosteniendo que la consulta solo es exigible desde la entrada en vigencia de la ley de consulta o su reglamento. Nosotros consideramos que todo acto no consultado es nulo en principio; sin embargo, en atención a la necesidad de proteger el bien jurídico constitucional «política energética», estimamos que es necesario hacer algunas precisiones pues este último es también digno de protección.

Como lo hemos dicho, la explotación de los recursos naturales impulsada por el Estado es una actividad clave para el desarrollo del país, necesaria para solventar las políticas sociales, pero no a cualquier precio, no puede darse de cualquier manera, no pisando los derechos de los pueblos indígenas, ni transgrediendo las normas que regulan la protección del medio ambiente. La pregunta de fondo es por la validez de las

32 Ver nuestro artículo: «El MINEM se ríe de la consulta previa: desacata sentencias vinculantes del TC y de la Corte Suprema y el Convenio 169 OIT, disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1224>>.

33 Ver nuestro artículo «Perupetro se resiste a la consulta del lote 156 desacatando sentencias vinculantes del TC: ¿Está Perupetro exonerado de cumplir con el orden constitucional y del Estado de Derecho?», disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1270>>.

34 Ver nuestro artículo Minen se ha convertido en un poder de facto por fuera del ordenamiento constitucional. Disponible en: <<http://servindi.org/actualidad/97132>>.

35 Ver nuestro artículo: ¿Son válidas las concesiones mineras y petroleras no consultadas?, disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=882>>.

concesiones mineras, de los contratos petroleros, de las concesiones forestales expedidas luego del año 1995 y antes de la publicación de la Ley de Consulta Previa, y que no fueron consultadas a pesar de que afectaban directamente a los pueblos indígenas.

¿Cuál es la validez jurídica de las concesiones mineras y petroleras no consultadas? Partiendo de la premisa que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional (Exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 10) y que con o sin desarrollo normativo y reglamentario es vinculante y exigible desde el año 1995 (Exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 12), podemos identificar cuatro posiciones. Una primera es la **tesis de la validez de las concesiones**, asumida por el Gobierno y por el Tribunal Constitucional en su momento. Esta sostiene que todas las concesiones anteriores a la aprobación y publicación son válidas y que el derecho a la consulta en realidad se debe aplicar para las concesiones futuras. Esta posición está en la sentencia N° 06316-2008-AA (f.j. 27) y en su resolución aclaratoria (f.j. 7), en el D.S. N° 023-2011-EM (1ra DT) y en la Ley N° 29785 (2da DCF). Para ellos, no debería aplicarse el Convenio 169 de la OIT pues no hay ley y reglamento y además porque pues se afectaría la buena fe o la «confianza» de las empresas. El problema con esta tesis es que no tiene fundamento constitucional, pues el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995, y la vigencia de los derechos no está subordinada a su desarrollo legislativo y reglamentario.

La otra es la **tesis de la nulidad de las concesiones**. Ella puede ser hallada en el 3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, según el cual son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente. También puede ser hallada el artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444). El fundamento de esta tesis es la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución). La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT³⁶- no solo es la norma de mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (Exp. N° 00047-2004-AI/TC, f.j. 9). El problema con esta tesis, es que si se aplicara a todas las concesiones expedidas desde el año 1995, todas estas serían nulas, generando una grave e intolerable afectación a la seguridad

jurídica, la cual es un bien jurídico constitucional que debe también ser protegido.

En el medio de estas dos posiciones hay fundamentalmente dos posiciones intermedias. La tesis de la suspensión, y la tesis del plazo para la adecuación. La **tesis de la suspensión de las concesiones**, es la que ha asumido por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ante actos administrativos no consultados relacionados con actividades extractivas u obras de infraestructura pública³⁷. No se declaran nulas las concesiones inconsultas, sino que se suspende sus efectos hasta que se consulte. Esta tesis también la propuso el Comité de Expertos de la OIT del año 2010³⁸ e incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del *Caso Saramaka vs. Suriname* (párrafo 196.a). El problema con la suspensión generalizada de todas las concesiones es que también generaría en caos jurídico y una intolerable afectación del principio de seguridad jurídica, que podría no solo generar una ola de demandas contra el Estado, sino poner en peligro la política energética del país, el normal funcionamiento del país y en definitiva la gobernabilidad del país, lo cual no busca la consulta previa.

En nuestra opinión, debe hacerse una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la consulta previa de rango constitucional y debe buscarse optimizar ambos bienes jurídicos. En ese sentido, proponemos una **tesis del plazo para la adecuación de las concesiones al Convenio 169 de la OIT**. Esta ponderación debería de conducirnos a una fórmula intermedia donde los dos mencionados bienes jurídicos sean protegidos. Esto solo es posible de lograr si se otorga al Ejecutivo un plazo razonable para realizar la consulta de las decisiones administrativas o normativas, posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y anteriores a la publicación de la ley de consulta. En caso que no se haya realizado la consulta en el plazo concedido, las concesiones deberán ser suspendidas por un plazo y de persistirse la negativa, declaradas nulas. Asimismo, debería de precisarse que, si las actividades han generado condiciones intolerables para la salud, la alimentación, el medio ambiente o la dignidad de los pueblos indígenas, las concesiones deberán ser objeto de cancelación, dado que no son compatibles con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

36 STC N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acumulados, f.j. 34.

37 Ver por ejemplo T-652/98, T-880/06, T-769/09.

38 La CEACR precisa que «suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio».

¿Qué hacer con las concesiones inconsultas de los años anteriores? Se debe requerir al ente público que ha tomado la decisión inconsulta, a que realice el proceso de consulta. En caso que este se resista, se debe recurrir a un proceso de amparo. Tenemos 60 días hábiles para hacerlo desde la fecha de la expedición del hecho lesivo (la concesión). El «acceso a la consulta» es parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (Exp. N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 37), y sabemos que las demandas de amparo tienen que estar referidas necesariamente al contenido constitucional de un derecho, si no quieren ser declaradas improcedentes (art. 5.1° del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237). ¿Qué hacer cuando las concesiones fueron expedidas hace 4 o 5 años? En principio deberían ser declaradas improcedentes (art. 5.10 del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, en aquellos casos, el hecho lesivo que se deberá cuestionar no debería ser la concesión, sino la omisión del Estado de realizar el proceso de consulta. Solo en ese caso, podríamos aplicar el artículo 44.5° del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que «si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista».

13. Crítica a las diferentes tesis del Gobierno para incumplir con la consulta previa

Resulta evidente que el Gobierno viola el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que le obliga a remover obstáculos que impiden la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Efectivamente, el Gobierno falta a su obligación contenida en el artículo 2° de la CADH, que le obliga a remover obstáculos legales o de otro tipo que impiden la vigencia de los derechos humanos en este caso, de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Precisa dicha norma, «*Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*».

Como vemos, el Gobierno se agarra de normas y las interpreta de manera literal aislada y de espaldas al ordenamiento jurídico constitucional

en su conjunto. ¿Qué debió de haber hecho el Gobierno? Las normas jurídicas no se interpretan aisladamente.

No podemos interpretar la Segunda disposición final de la Ley de consulta como lo hace el MINEM, que blinda los actos administrativos anteriores a ella, en forma aislada y inconexa del ordenamiento jurídico constitucional, pues la interpretación literal, en definitiva, desconoce que el ordenamiento jurídico tiene una entidad propia distinta de las normas que lo integran. Olvida que el ordenamiento jurídico es un sistema, es decir, una estructura dotada de un orden interno en el que sus elementos se relacionan entre sí armónicamente conjugados. Como consecuencia de esta condición sistemática, se atribuyen al ordenamiento jurídico una serie de características tales como la unidad, la coherencia y la plenitud³⁹.

Señala el Tribunal Constitucional que el orden jurídico es un «*sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas*»⁴⁰. No es un archipiélago cuyas piezas carecen de relación entre sí. El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética⁴¹. Agrega el Tribunal Constitucional que en sentido estricto, «*una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistemáticamente por otras*»⁴². Queda claro entonces que una interpretación literal no tiene cobertura constitucional, no por ser inadecuada, sino por ser insuficiente al desconocer la especial naturaleza de las normas constitucionales y las funciones que cumplen al interior del ordenamiento jurídico.

Pero además, no se debe cumplir con una disposición legal que resulta incompatible con la Constitución y con el Convenio 169 de la OIT. Si bien las leyes deben cumplirse, ello solo resulta válido si la norma resulta compatible con la Constitución y con los derechos que ella reconoce. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha señalado: «*que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia*

39 DEL HIERRO, José Luis *Introducción al Derecho*. Madrid: Editorial Intesis, 1997, pág. 96.

40 STC. N° 0005-2003-AA/TC, f.j. 3.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)».⁴³

El fundamento de ello es que las leyes no son las normas de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento, ellas solo serán válidas en la medida en que sean compatibles con la Constitución Política. Como señala el Tribunal Constitucional «el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales»⁴⁴. Como señala el ex Presidente del Tribunal Constitucional, el Dr. César Landa, «si bien no se duda de la relevancia del principio de legalidad, el mismo que orienta la actuación de la Administración Pública y opera como una garantía a favor del administrado impidiendo que

ésta –la Administración– proceda arbitrariamente en su perjuicio; es importante no perder de vista que, en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, el principio de legalidad sólo tiene sentido si con su aplicación no se niega el principio de supremacía jurídica y fuerza normativa de la Constitución, ni la vigencia efectiva de los derechos fundamentales»⁴⁵. Añade Landa que, «en aquellos casos en que la aplicación del principio de legalidad sea incompatible con el principio de constitucionalidad, será preciso apelar ab initio a un criterio de jerarquía entre ambos principios para concluir que este último no puede quedar supeditado al principio de legalidad, al menos no en un Estado Constitucional de Derecho»⁴⁶.

14. Palabras finales

La conclusión de todo este recuento de hechos concretos, es que debemos estar muy atentos a la implementación del derecho a la consulta previa, pues objetivamente ha habido varios intentos por desnaturalizar su aplicación o recortar sus efectos, en perjuicio de los pueblos indígenas en el Perú. ☒

43 STC. N° 3741-2004-AA/TC, f.j. 6.

44 STC 3741-2004-AA, f.j. 15

45 LANDA ARROYO, César»Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993», en: Constitución Económica del Perú, Palestra, Lima, 2008, pág. 67.

46 Ibidem.