

## ¿Qué significa “afectación directa” en el proceso de consulta previa? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional No 01717-2014-PC

### *What does “direct involvement” means in the previous consultation process? Regarding the Constitutional Court judgment No 01717-2014-PC*

Juan Carlos Ruiz Molleda<sup>1</sup>

**Resumen.** Es importante precisar qué entender por afectación directa en los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas. Se trata del criterio que abre o cierra la puerta al derecho a la consulta previa. No obstante, el carácter indeterminado del concepto de “afectación directa” no otorga un poder discrecional al Estado. Como todo “concepto jurídico indeterminado”, deberá ser concretado al momento de su aplicación en el caso concreto, lo cual demanda un esfuerzo de motivación y fundamentación, todo lo cual está muy alejado de la discrecionalidad absoluta. En este artículo, cuestionamos una sentencia del Tribunal Constitucional que establece un nuevo criterio sobre qué entender por “afectación directa”, apartándose, en nuestra opinión, no solo de su propia línea jurisprudencial, sino de los criterios establecidos por la Ley No 29785, su reglamento, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) entre otros.

**Abstract.** *It is important to specify what to understand by direct impact on the prior consultation processes with indigenous peoples. It is the criterion that opens or closes the door to the right to prior consultation. However, the indeterminate nature of the concept of “direct involvement” does not grant a discretionary power to the State. Like any “indeterminate legal concept”, it must be concrete at the time of its application in the specific case, which requires an effort of motivation and justification, all of which is far from absolute discretion. In this article, we question a ruling of the Constitutional Court that establishes a new criterion on what to understand by “direct affectation”, departing in our opinion, not only from its own jurisprudential line, but from the criteria established by Law No 29785, its regulations, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, among others.*

**Palabras clave.** derecho a la consulta previa, afectación directa, derechos de los pueblos indígenas, autodeterminación.

**Keywords.** *right to prior consultation, affect them directly, rights of indigenous peoples, self-determination.*

**Sumario:** 1. El problema: El Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI no precisan que es afectación directa. 2. Marco conceptual de los “conceptos jurídicos indeterminados”. 3. La jurisprudencia del TC en materia de conceptos jurídicos indeterminados. 4. Desarrollo normativo y jurisprudencial del contenido del concepto de “afectación directa”. 4.1 El criterio del Convenio 169 de la OIT: “Perjudicar intereses de los pueblos indígenas”. 4.2 El desarrollo por el TC del contenido sobre “afectación directa”: “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”. 4.3 La concepción de afectación directa de la Ley 29785: “Afecta derechos colectivos”. 4.4 La concepción de afectación directa en el Reglamento de la Ley 29785: “Cambio en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”. 4.5 La afectación directa para el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “relación con los intereses y condiciones específicos” y “no solo cuando se afecta el derecho a la tie-

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado PUCP. Coordinador del área de Litigio Constitucional del Instituto de Defensa Legal (IDL).

rra”. 4.6 La afectación directa para la Corte interamericana de Derechos Humanos. 4.7 La afectación directa para la CIDH: “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”. 4.8 La afectación directa para AIDESEP (Pedro García Hierro): “los tres criterios: ámbito territorial, la afectación de derecho y los riesgos”. 4.9 La tesis de la Corte Constitucional de Colombia sobre afectación directa: “medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades”. 5. La otra opción: La determinación taxativa de los actos que deben ser consultados. 5.1 Los actos que deben ser consultados según el Convenio 169 de la OIT. 5.2 Los actos que deben ser consultados según la Corte IDH porque afectan directamente. 5.3 Los actos que deben ser consultados según la Corte Constitucional de Colombia porque afectan directamente. 6. Análisis del nuevo criterio desarrollo por el TC sobre afectación directa en la STC 01717-2014-PC; 7. Conclusiones

El Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia que desarrolla el concepto de “afectación directa” en los procesos de consulta previa de los pueblos indígenas<sup>2</sup>. En el presente artículo cuestionaremos el nuevo criterio, porque en nuestra opinión se aparta de lo establecido en los estándares internacionales de protección al derecho a la consulta previa, y puede ser utilizado para excluir de la consulta previa, decisiones del Estado que, sí pueden afectar a los pueblos indígenas y deberían ser consultados.

En la sentencia objeto de análisis, señala que normas del MINEM que regulan la consulta previa en materia de hidrocarburos y de electricidad, no deben consultarse con los pueblos indígenas, porque “no afectan” a los pueblos indígenas en el Perú. En efecto, sostiene que las Resoluciones Ministeriales No 350-2012-MEM/DM y No 209-2015-MEM/DM, que regulan qué medidas deben consultarse, cuándo deben consultarse y quién debe consultarlas, en materia de hidrocarburos y electricidad, no deben ser consultadas.

El problema de esta sentencia se encuentra en la concepción de “afectación directa” que el Tribunal Constitucional (TC en adelante) utiliza. En efecto, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece

que la consulta previa es exigible cuando el Estado prevé adoptar medidas administrativas y normativas que puedan “afectar directamente” a los pueblos indígenas. En consecuencia, el concepto de “afectación directa” resulta un concepto clave. Constituye la puerta de entrada o de cierre de la consulta previa, un concepto filtro para acceder a la consulta previa. Se trata de un tema de mucha importancia, pues detrás del debate sobre qué entender por afectación directa, está la pregunta sobre “¿qué tipos de medidas deben ser consultadas?”. Es decir, estamos frente a la pregunta general sobre qué debe consultarse. Esto resulta clave en un contexto donde el Estado ha intentado poner pretextos para dar cumplimiento a la consulta previa<sup>3</sup>.

Lo cuestionable en esta sentencia es que, más allá de la intención de los magistrados, en nuestra opinión, el TC reduce y restringe al ámbito de aplicación de la consulta previa, desnaturalizando este derecho una vez más<sup>4</sup>, como lo reconoce el propio voto singular del magistrado del TC Eloy Espinoza-Saldaña en esta sentencia.

2 La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01717-2015-PC, puede ser encontrada en el siguiente enlace <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf>

3 Al respecto, ver Ruiz Molleda (2014).

4 No otra cosa se puede concluir cuando por ejemplo cuando se revisa la STC 00025-2009-PI, comprueba que, a pesar que la Ley de recursos hídricos afecta directamente a las comunidades campesinas y nativas, resuelve que esta norma no se debe consultar porque en el fundamento 28 se señala que está afecta “indirectamente” a los pueblos indígenas.

## 1. El problema: El Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI no precisan qué es afectación directa

El problema es que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI) no definen qué es afectación directa o qué entender por esta.

### 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 [resaltado nuestro].

(...)

### Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten [resaltado nuestro], a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Varias decisiones pueden afectar a los pueblos indígenas y en diversos niveles e intensidades. Todo depende del criterio que se utilice.

## 2. Marco conceptual de los “conceptos jurídicos indeterminados”

La “afectación directa” es un típico “concepto jurídico indeterminado”. El problema es que los ma-

gistrados autores de esta sentencia parecen entender que el concepto de “afectación directa” otorga una facultad discrecional o un poder discrecional a la hora de definir el contenido de “afectación directa”, desconociendo la propia naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.

Los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos que no han sido definidos por la norma convencional, constitucional, legal o reglamentaria, como en este caso. Este tipo de normas deja la determinación del contenido, al momento de aplicarse la norma en el caso concreto, la cual estará a cargo del órgano encargado de implementarla y aplicarla. Ejemplo de esto son los conceptos de “justo precio”, “utilidad pública”, “interés público”, “necesidad pública”, “materia económica y financiera”, etc. Como lo señala Eduardo García de Enterría en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, “la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (2004, p. 43).

En efecto, a diferencia de los “poderes discrecionales”, lo peculiar de los conceptos jurídicos indeterminados es que su “calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto [resaltado nuestro]; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no; podemos decir en términos del derecho privado” (García de Enterría, 2004, p. 44).

Es decir, a diferencia de los poderes discrecionales, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados hay una única solución, la cual debe ser sustentada y motivada. En palabras de García de Enterría: “Hay pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales”.

les, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio” (2004. p. 44-45).

Añade, García de Enterría, que los conceptos jurídicos indeterminados deben precisarse y determinarse, sobre la base de una estimación jurídica, la cual debe estar apoyada en una argumentación jurídica, “la solución concreta de cada caso [...] debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto [resaltado nuestro]; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión” (2004, pp. 45-46).

En el caso del concepto de “afectación directa” en los procesos de consulta previa, es evidente que no estamos ante una facultad discrecional por parte del Estado. El concepto de “afectación directa” delimita y acota el margen de discrecionalidad del Estado al momento de determinar cuándo un acto administrativo o normativo debe ser consultado, “Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad de libertad, sino de un proceso de juicio o estimación [resaltado nuestro], que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse; por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea solo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea” (García de Enterría, 2004, p. 46-47).

La conclusión es evidente. Los “conceptos jurídicos indeterminados” si bien reconocen un margen de apreciación al órgano que lo aplica, en el momento concreto de su determinación, no otorgan

un poder absolutamente discrecional, no otorgan una libertad absoluta. En definitiva, no constituye una “facultad discrecional”. Como luego veremos con la sentencia del TC, estos deben observar un conjunto de criterios para evitar su abuso.

Entender la verdadera naturaleza del concepto “afectación directa” como concepto jurídico indeterminado es el punto de partida para entender este. En consecuencia, el TC no tiene libre discrecionalidad para llenar de contenido este concepto. Debe hacerlo sobre la base de los desarrollos normativos y jurisprudenciales que lo vinculan, motivando su opción interpretativa, sin vaciar de contenido y la finalidad del Convenio 169 de la OIT.

### **3. La jurisprudencia del TC en materia de conceptos jurídicos indeterminados**

En un primer momento, el TC ha sostenido que:

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto. En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada [resaltado nuestro].<sup>5</sup>

Sin embargo, en una reciente sentencia el TC ha definido criterios para la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, en una sentencia sobre el decoro de efectivos policiales, a propósito de

5 STC No 00090-2004-AA, f. j. 10

la difusión de fotos íntimas. Como señala el TC en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, “nos encontramos ante este tipo de conceptos cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica”<sup>6</sup>. El TC reconoce que el uso de estos conceptos “podría permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular”<sup>7</sup>.

Como muy bien lo reconoce el TC, el desafío no es otro que establecer criterios objetivos que ayuden a concretar el criterio abstracto. En palabras del TC, es necesario, “tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos”<sup>8</sup>. Los criterios que deben tomarse en cuenta al momento de concretar en la realidad estos conceptos son:

Sin embargo, resulta necesario tener presente que, ante el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados, bien debieran apreciarse algunos criterios específicos. Así, conviene observar si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se cumplió con seguir ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, por último, evaluar si se respetaron los diversos derechos tales<sup>9</sup>.

Es decir, para el TC, estos criterios son: 1) elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), 2) adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), 3) respeto de ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, 4) respeto de los derechos fundamentales. Como puede apreciarse, se trata de criterios objetivos.

#### **4. Desarrollo normativo y jurisprudencial del contenido del concepto “afectación directa”**

Debemos revisar los diferentes esfuerzos por precisar el concepto de afectación directa, tanto normativos como jurisprudenciales, que vinculan al propio TC de alguna u otra manera. Efectivamente, diversas fuentes de derecho han hecho esfuerzo por desarrollar el contenido de “afectación directa”, por brindarnos criterios que puedan ayudarnos en cada caso concreto a aproximarnos al contenido de la afectación directa. Es este corpus de criterios el que debió ser tomado en cuenta por el TC en la sentencia objeto de comentario. No obstante, este no lo hizo y se pronunció absolutamente de espaldas a estos criterios, a pesar de ser fuentes de derecho, fundamentalmente vinculantes.

##### **4.1. El criterio del Convenio 169 de la OIT: “Perjudicar intereses de los pueblos indígenas”**

Luego de una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT, hay dos normas donde podemos encontrar criterios para precisar el

6 STC No 01341-2014-PA, f.j. 18

7 STC No 01341-2014-PA, f.j. 19

8 STC No 01341-2014-PA, f.j. 20

9 STC 01341-2014-PA, f.j. 22

contenido del concepto “afectación directa”. En el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, también contiene un criterio para precisar el contenido del concepto de “afectación directa”. En el fundamento 24 de la STC 02420-2012-AC, el TC interpreta el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, junto con el artículo 15.2 del mismo cuerpo normativo. En el artículo 15.2 reconoce que la consulta surge cuando se afectan o se “perjudican” “intereses” de los pueblos indígenas.

#### Artículo 15

[...] 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 [resaltado nuestro], y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

No basta entonces leer el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. Este artículo deberá leerse junto con el artículo 15.2 del mismo Convenio 169 de la OIT. Cada vez que los intereses de estos pueblos indígena se puedan ver perjudicados, se deberá consultar con los pueblos indígenas.

#### 4.2. El desarrollo por el TC del contenido sobre “afectación directa”: “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”

El concepto de afectación directa ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, que merece ser revisado pues si bien no estamos ante una línea jurisprudencial consolidada, si ofrece criterios interesantes

##### 4.2.1. “Cambios relevantes, sustanciales y directos en la situación jurídica”.

Quizá esta sea el principal criterio desarrollado por el TC. En palabras de este, la consulta procede ante actos normativos y administrativos cuando generen “*cambios relevantes, sustanciales y directos a la situación jurídica*” a los pueblos indígenas. “Susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos [subrayado nuestro]”<sup>10</sup>. “En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial [subrayado nuestro], es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta”<sup>11</sup>.

La sentencia del TC No 00022-2009-PI se pronunció sobre la consulta de actos normativos, razón por la cual el TC habla de impactos en la “situación jurídica”. No obstante, deberá interpretarse que no necesariamente estos cambios relevantes tienen que generar un impacto en la situación jurídica. El criterio establecido por el TC son toda medida que genera cambios 1) relevantes, 2) sustanciales y 3) directos, y en el caso de omisión de consulta de actos normativos, este criterio deberá generar un impacto en la situación jurídica.

##### 4.2.2. “La determinación debe ser de buena fe”

El TC también exige que la determinación de la afectación directa debe ser de buena fe, o a la luz del principio de buena fe. Este principio vincula al órgano del Estado que adopta la medida’.

Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo

10 STC No 00022-2009-PI, f.j. 19

11 STC No 00022-2009-PI, f.j. 21

esencial del derecho a la consulta. 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. [...] Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas<sup>12</sup>.

Esto significa que el órgano del Estado que adopta la medida susceptible de afectar directamente, deberá analizar y precisar la afectación directa de buena fe, es decir, ser leal con el Convenio 169 de la OIT, no manipular la interpretación de las normas para eludir con su responsabilidad de consulta para con los pueblos indígena. Esta mala fe puede concretarse y plasmarse en interpretaciones que entiendan erráticamente desde nuestra opinión, que la concreción y aplicación de la afectación directa constituye en sí misma una facultad discrecional, apartándose de la jurisprudencia vinculante, y sin mayor motivación y fundamentación.

#### **4.2.3. “Medidas que menoscaban, perjudican, influyen desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”**

Esto lo dice el TC en la sentencia 00025-2009-PI. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad contra la omisión de consulta de la ley de recursos hídricos (Ley No 29338), donde en nuestra

opinión de manera inconvencional, se rechazó la consulta previa, a pesar que esta ley tenía normas específicas sobre reconocimiento de los derechos consuetudinarios de las comunidades campesinas y nativas<sup>13</sup>.

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas [subrayado nuestro]<sup>14</sup>.

Se trata de un criterio más amplio que el contenido en la STC 00022-2009-PI. Utiliza diferentes verbos, menoscabar, perjudicar, influir, desfavorablemente. Luego agrega que se puede afectar no necesariamente derechos sino intereses de los pueblos indígenas. Es más omnicompreensivo definitivamente. No obstante, nos parece que no debería el TC restringirse a derechos colectivos, sino que deberían también considerarse cuando se afectan derechos individuales. Finalmente, parecería que solo deberían de consultarse aquellas medidas que a juicio del Estado sean desfavorables para los pueblos indígenas.

En nuestra opinión puede que haya medidas que a juicio del Estado beneficien a los pueblos indígenas, cuando en realidad, los afectan. Entonces resulta razonable sostener, que quien debe hacer el análisis de si le afecta o no la medida, no es el Estado, sino los pueblos indígenas. Sostener lo contrario es un acto incompatible con el principio de interculturalidad y en definitiva un acto

12 STC No 00022-2009-AI, f.j. 27

13 Al respecto ver Ruiz Molleda, y Abdo. (2018).

14 STC No 00025-2009-PI, f.j. 25

de imposición colonial. Sobre esto regresaremos luego.

### **i. La afectación directa debe ser potencial**

Posteriormente, el TC en otra sentencia precisa mejor y sostiene que estamos hablando de afectaciones potenciales, de conformidad con el carácter previo de la consulta previa. Es decir, que la consulta en primera instancia debe realizarse antes de la adopción de acto administrativo o normativo: “ (...) no se requiere la detección de una afectación, sino que basta con que tal afectación directa sea potencial”<sup>15</sup>.

Ciertamente esto se desprende del concepto de consulta previa. No obstante, no está demás decirlo. En tal sentido, en puridad deberían exigir estar ante una medida que potencialmente podría afectar a los pueblos indígenas.

### **ii. Debe ser una afectación concreta no abstracta**

En otra oportunidad el TC exige que se analice en cada caso en concreto como se ha afectado a los pueblos indígenas. Se desprende que no se debe presumir la afectación. Se debe probar que se ha afectado a los pueblos indígenas.

Así, la demandante parte del supuesto de que existe una serie de casos en los que pueblos indígenas en el Perú han sido afectados directamente mediante concesiones mineras otorgadas sin haberseles consultado. Alega, por ello, que en todos estos casos no se ha cumplido con los artículos precitados del Convenio 169. Es de advertirse que la demandante no hace explícita mayor situación específica de algún pueblo indígena [el subra-

yado es nuestro]. Es más, y si bien realiza una breve referencia a un caso particular, lo hace sin adjuntar medios probatorios o ahondar en dicha situación.<sup>16</sup>

Este criterio tiene que ver con la naturaleza de concepto jurídico indeterminado del criterio “afectación directa”. Sin embargo, hay que tener cuidado, pues estamos ante afectaciones directas potenciales. Este concepto debe ser matizado cuando estamos ante la omisión de consultas de actos normativos, que sabemos bien son afectaciones abstractas, en el sentido que las normas generales, impersonales y abstractas no afectan necesariamente a pueblos indígenas en concreto.

Asimismo, en casos que la medida que afecta a los pueblos indígenas ya ha sido implementada, no sería necesario exigir la potencialidad. En este caso, se desprende la obligación de probar la afectación.

### **iii. Afectación de derechos fundamentales en general**

En esa misma sentencia se añade que procede la consulta cuando se afectan derechos de pueblos indígenas en general. Esta anotación es importante, pues adviértase que no solo cuando se afectan derechos colectivos, como señala el artículo 2 de la Ley de consulta previa, procede la consulta previa, sino cuando se afecta en general derechos de pueblos indígenas, pudiendo ser estos derechos colectivos o individuales. “Esta es, por cierto, la manera en la cual ha venido resolviendo este colegio cuando se ha tratado de la afectación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas”.<sup>17</sup>

Es decir, el TC no restringe la consulta a la afectación de derechos colectivos. Se trata aparente-

15 STC No 00012-2015-AI, f.j. 102

16 RTC No 02420-2012-AC, f.j. 26

17 RTC No 02420-2012-AC, f.j. 36

mente de sutilezas, pero que pueden terminar excluyendo de la consulta decisiones importantes y significativas de los pueblos indígenas, por no ser derechos colectivos.

#### iv. Afectación de derechos e intereses

De igual manera, el TC en otra sentencia dice que afectación directa hace referencia a afectación de derechos e intereses.

Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses [resaltado nuestro].<sup>18</sup>

Ciertamente el concepto de intereses es más abierto y omnicompreensivo que el concepto de derechos. Los derechos deberían de proteger intereses legítimos. Si bien por lo general, toda afectación de “intereses” de los pueblos indígenas puede ser reconducida a afectación de “derechos”, reducir la consulta previa solo a casos donde se afecta de derechos, puede excluir supuestos donde se afecta intereses aun cuando no necesariamente derechos.

#### v. Afectación directa “para” los pueblos indígenas en un marco intercultural

Resulta oportuno mencionar que esta afectación directa a juicio del TC, debe ser para los pueblos indígenas en primer lugar y no para los funcionarios públicos del órgano que prevé adoptar la medida cuya consulta se exige. Esto se traduce en la obligación de los jueces de tomar en cuenta la mirada de los pueblos indígenas.

18 STC No 05427-2009-AC, f.j. 57

19 STC No 02196-2014-AA, f.j. 17

Según esta perspectiva, resulta esencial señalar que la trascendencia de los cambios debe ser no solo alegada, sino explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria. Otro punto a considerar es que los jueces, quienes resolverán las demandas de tutela constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pertenecen a una manifestación cultural diferente, situación que los obliga a incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen [subrayado agregado]<sup>19</sup>.

El tema de fondo es quien decide y sobre la base de qué criterio, cuando una determinada medida afecta a los pueblos indígenas. Un buen ejemplo de estos es el caso del proyecto Hidrovías, que pretende dragar ríos amazónicos, donde a juicio del Estado este proyecto favorecería a los pueblos indígenas, pues mejoraría la interconexión fluvial, y a juicio de los pueblos indígenas, afectaría negativamente a los pueblos indígenas, pues el dragado genera turbidez en los ríos, lo cual afecta la pesca de la cual depende la subsistencia de los pueblos indígenas.

Lo dicho por el TC no hace otra cosa que concretar el principio de interculturalidad, recogido en el artículo 4.b de la Ley de consulta, aprobada por Ley 29785, y por el artículo 17 de la Constitución, y que exige tomar en cuenta la mirada y la cosmovisión de los pueblos indígenas.

#### Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

[...]

b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.

Queda claro que el TC tiene ciertos criterios y principios que ayudan a precisar el contenido del concepto de “afectación directa” en casos concretos, que debió tomar en cuenta. Independientemente del carácter vinculante de estos pronunciamientos, el TC estaba obligado consigo mismo a utilizarlos y tomarlos en cuenta.

#### **4.3. La concepción de afectación directa de la Ley 29785: “Afecta derechos colectivos”**

La Ley de consulta previa, aprobada por Ley No 29785 da un paso más en el esfuerzo por entender qué significa la “afectación directa”. Sostiene el Congreso que se debe consultar y que existe “afectación directa” cuando se afecta directamente los derechos colectivos.

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existirla una afectación directa a sus derechos colectivos [resaltado nuestro], se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Adviértase que sólo cuando se afectan derechos colectivos, y solo cuando esta afectación es directa. No hace referencia a derechos individuales, ni derechos sociales, económicos o culturales, lo cual nos parece una restricción irrazonable y arbitraria como ya dijimos.

#### **4.4. La concepción de afectación directa en el Reglamento de la Ley 29785: “Cambio en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”**

El Reglamento de la Ley de consulta previa, aprobado por el D.S. 001-2012-MC añade en el artículo 3.b, un nuevo contenido, y reconoce como afectación directa el cambio en la situación jurídica de los pueblos indígenas, y que la afectación no es al derecho, sino también al ejercicio del derecho. Adviértase que esta norma “añade” esto al concepto de afectación de los derechos colectivos, “no reemplaza”.

Artículo 3º.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

b) Afectación directa. Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos [resaltado nuestro].

Si bien repite mucho de lo reconocido previamente por la Ley 29785 y por la jurisprudencia, agrega que esta afectación se puede concretar en cambios en la situación jurídica o en el ejercicio del derecho. Adviértase que, de otro lado, insiste en restringir a derechos colectivos el concepto de afectación directa.

#### **4.5. La afectación directa para el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “relación con los inte-**

**reses y condiciones específicas” y “no solo cuando se afecta el derecho a la tierra”.**

El Relator de las Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas, plantea varios criterios interesantes para aproximarnos al concepto de afectación directa. Un primer elemento es preguntarnos por quién analiza la afectación y sobre qué criterio. El Relator está llamando la atención y exigiendo un diálogo intercultural.

(...) es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad (Anaya, 2009, p. 16).

El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado [el subrayado es nuestro] (Anaya, 2009, p. 23).

Luego el Relator opta por un criterio más material o sustancia de afectación, en consonancia con un principio de primacía de la realidad. Sugiere entender la afectación directa como afectación de intereses o afectación a las condiciones específicas de determinados pueblos.

Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes [resaltado nuestro]. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general, pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al

deber de celebrar consultas (Anaya, 2009, p. 16).

En la parte final del informe insiste en que la afectación directa debe ser entendida como afectación de los intereses de los pueblos indígenas, y precisa que la consulta debe darse no solo cuando se afecta el derecho a la tierra.

El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras [resaltado nuestro] (Anaya, 2009, p. 23).

Lo que hace el Relator es exigir la incorporación del criterio y de la mirada de los pueblos indígenas, tal como también lo exige el TC. No basta la mirada y el análisis del operador estatal del derecho. La perspectiva de afectación de los pueblos indígenas tiene otras premisas, parte del buen vivir, de su proyecto de vida colectivos, de su necesidad de asegurar su subsistencia. La mirada del Estado y de los ministerios es más desde una lógica de gobernanza o de promoción de actividades extractivas.

Estos pronunciamientos no son vinculantes, no obstante, resultan sumamente persuasivos e ilustrativos, porque se trata de una autoridad en las Naciones Unidas en materia de pueblos indígenas.

#### 4.6. La afectación directa para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también tiene algunos pronunciamientos algo escuetos, pero igual vinculantes. Para ella, la consulta previa procede cuando se afecta determinados intereses y derechos de las comunidades.

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 (...) [resaltado nuestro]<sup>20</sup>.

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 (...) [resaltado nuestro]<sup>21</sup>.

No restringe la consulta a derechos colectivos, como nuestra ley de consulta previa y su reglamento. Pero, además, la Corte IDH dice que la sola afectación de intereses de los pueblos indígenas justifica la consulta previa, más allá que se afecte derechos colectivos. Lo valioso de este pronunciamiento es precisamente, su no carácter restrictivo. Se trata de pronunciamientos vinculantes.

#### 4.7. La afectación directa para la CIDH: “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la tiene clara, y va más allá de la literalidad de lo que dice el artículo 6 del Convenio

169 de la OIT. Lo que sugiere es que, al momento de evaluar y analizar la procedencia de consulta previa, deberá tomarse en cuenta el valor de los territorios de los pueblos, y sobre todo, la relación que tienen los pueblos con sus territorios.

Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales [resaltado nuestro] y la tierra y los recursos naturales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 108).

La CIDH también hace suyo un pronunciamiento del Relator de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo cual vuelve este criterio de afectación de derechos e intereses, en vinculante.

La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas [resaltado nuestro] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 108).

Puede resultarnos repetitivo, pero podemos advertir que se trata de criterios sobre los cuales hay consenso en la comunidad jurídica, lo cual los vuelve más vinculante.

#### 4.8. La afectación directa para AIDSESEP (Pedro García Hierro): “los tres criterios:

20 Párrafo 165, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

21 Párrafo 166, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

### **ámbito territorial, la afectación de derechos y los riesgos”.**

Nos parece conveniente este proyecto de ley porque expresa la mirada de los pueblos indígenas, o de la organización indígena más representativa del Perú como es AIDSESEP. El destacado abogado ( ) Pedro García Hierro, autor en un proyecto de ley sobre la consulta previa presentado por AIDSESEP<sup>22</sup>, desarrolló 3 criterios para determinar la afectación directa de normas administrativas.

Artículo 15°. Determinación de la afectación

Los criterios para determinar el nivel de afectación de las normas o actos administrativos son:

**a. El ámbito territorial:** cuando la medida afecta en concreto y de manera directa el hábitat tradicional de determinado pueblo o pueblos indígenas de acuerdo a los criterios establecidos por el Convenio N° 169 de la OIT.

**b. Derechos:** la identificación de los pueblos legitimados para ser consultados y participar en las decisiones sobre cualquier iniciativa se fundamenta en la identificación de los derechos que podrían verse afectados y quiénes son los titulares de esos derechos en cada caso concreto.

**c. Riesgos:** aquellos pueblos indígenas que pueden verse sometidos a riesgos por efecto de una iniciativa ajena deben tener siempre la posibilidad de determinarse al respecto.

Como podemos ver, García Hierro propone 3 criterios para determinar el nivel de afectación directa a pueblos indígenas de las normas o actos administrativos. Estos son tres criterios, del

ámbito territorial, la afectación de derechos y los riesgos. Se trata de criterios, valiosos al momento de concretar el concepto de afectación jurídica.

### **4.9. La tesis de la Corte Constitucional de Colombia sobre afectación directa: “medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades”.**

El concepto de afectación directa desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia es mucho más amplio, y si bien no nos vincula jurídicamente, si se trata de criterios persuasivos, pues se trata de una de las Cortes Constitucionales más prestigiosas a nivel mundial y regional.

#### **a. Afectación directa y específica que repercute**

En un primer momento esta corte exige que la afectación sea “directa y específica”, y luego, habla que estas medidas deben “repercutir” en los pueblos indígenas.

(...) en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material [resaltado nuestro] de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.<sup>23</sup>

También destaca esta Corte cuando dice que se trata de evaluar el “contenido material” de la medida, pasible de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, más allá de los nombres y de las categorías, se pregunta si el contenido material de la medida afecta a los pueblos indígenas.

22 Dicho proyecto ha sido publicado en Ruiz Molleda (2012).

23 Sentencia C-30/08 de la Corte Constitucional de Colombia (2008)

## **b. Impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales**

La Corte luego precisa que “afecta directamente” una medida, cuando estamos ante un impacto negativo o positivo que pueda tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales:

La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales [resaltado nuestro] que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente<sup>24</sup>. [énfasis agregado]

Quisiera destacar la idea que la afectación directa, no solo tiene que ser presuntamente negativa, sino que también puede ser presuntamente positiva. Es decir, como en el caso Hidrovías, puede que para los funcionarios del Estado un determinado impacto parezca positivo, pero que para los pueblos indígenas este impacto sea negativo. Si no reparamos en esto, podemos legitimar la imposición de una concepción cultural dominante sobre los pueblos indígenas. En nuestra opinión, de esto peca la sentencia del TC, que en los hechos impone una visión y una concepción de la afectación directa, sin previamente escuchar y dialogar con los pueblos indígenas.

## **c. Diferencia entre afectación directa y área de influencia**

Sin embargo, lo más notable de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia es cuando desarrolla la diferencia entre “afectación directa” y “área de influencia”. Esto resulta relevante para nuestra realidad donde las empresas mineras se apropian del concepto de “afectación directa”, y lo interpretan como “área de influencia”, con la finalidad de reducir el ámbito de aplicación de la consulta previa.

La Corte también ha destacado que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos [resaltado nuestro], en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas, tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales, como se explica en el cuadro a continuación.<sup>25</sup>

Y para mayor claridad dicha Corte presente este cuadro:

24 Párrafo 7.2 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018)

25 Párrafo 7.6 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018)

	<b>Afectación directa</b>	<b>Área de influencia</b>
<b>Concepto</b>	Identificación de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades indígenas desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico.	Instrumento solicitado en las licencias ambientales para identificar los impactos de los proyectos de exploración y explotación en el ambiente y la sociedad. (Decreto 1076 de 2015, ARTÍCULO 2.2.2.3.1.1).
<b>Propósito</b>	Identificar medidas que perturben a los indígenas en sus derechos, intereses y en sus ámbitos territorial, cultural, político, espiritual, ambiental y de salud, para celebrar Consulta Previa. Se identifica a través de un diálogo intercultural.	Fijar unos criterios técnicos para delimitar el área de los proyectos en relación con la valoración de los impactos sociales, ambientales y económicos de los mismos.
<b>Fuente normativa</b>	Convenio 169 OIT, PIDESC, PDCP, UNIDRIP, Constitución Política.	Consagración legal y reglamentaria.

Fuente: Corte Constitucional de Colombia (2018)

## 5. La otra opción: La determinación taxativa de los actos que deben ser consultados

Una alternativa a la definición de criterios para preciar la afectación directa es la determinación taxativa y específica, y casi casuística, de los actos que deben ser consultados. En efecto, el TC no solo debe mirar los criterios desarrollados a propósito del concepto de afectación directa, sino que también hay que revisar la lista de actos que deben ser consultados, desarrollado por el Convenio 169 OIT de manera tácita, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y por la Corte Constitucional de Colombia. El primero vinculante en el Perú, el segundo, se trata de un desarrollo realizado por una de las Cortes más prestigiosas como ya dijimos, el primero de los cuales también es vinculante.

### 5.1. Los actos que deben ser consultados según el Convenio 169 de la OIT

Si leemos con atención el Convenio 169 de la OIT podemos encontrar la identificación de actos específicos que deben ser consultados. Una interpretación sistemática sugiere los siguientes criterios:

#### 5.1.1. Toda medida que afecte vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras

El artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce que “afecta” a los pueblos toda medida que afecte las vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Si bien este artículo está pensado para analizar la afectación al derecho a su propio modelo de desarrollo, resulta aplicable a la deter-

minación de la afectación directa a propósito del derecho a la consulta previa.

#### Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [resaltado nuestro].

La pertinencia de este criterio está confirmada con la última parte del artículo 7.1 cuando habla precisamente de la afectación directa. Una interpretación sistemática del conjunto del Convenio 169 de la OIT, exige mirar esta norma.

#### 5.1.2. Actividades que afecten el uso, administración y conservación de los recursos naturales

El Convenio 169 de la OIT reconoce también que el acceso a los recursos naturales de los pueblos indígenas tiene una protección reforzada. Esta protección reforzada da cuenta de la importancia del acceso a los recursos naturales para los pueblos indígenas. En consecuencia, también deben ser consultados toda decisión administrativa y normativa que afecte estos recursos naturales, sobre las cuales tienen derechos de los pueblos indígenas.

#### Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras

deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

#### 5.1.3. Afectación de actividades de subsistencia de los pueblos indígenas

El artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT debe ser leído en consonancia con el artículo 23.1 del Convenio 169 que establece de alguna manera la subsistencia de los pueblos indígenas como límite de las actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas

#### Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos..(...).

Lo que esta norma dice entre líneas, es que todo acto que afecta el acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales que garantizan su subsistencia, se entiende que afecta directamente a los pueblos indígenas. Este criterio resulta pertinente toda vez que la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas no es un derecho absoluto, que puede ser restringido estableciéndose la subsistencia como límite precisamente a esta restricción. En un contexto de boom de actividades extractivas, este criterio, no por evidente resulta menos importante en nuestra opinión.

#### 5.1.4. Transferencia de propiedad de los territorios de los pueblos indígenas deben ser consultadas

La consulta previa también procede de acuerdo con el artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando se transfiere propiedad de los pueblos indígenas.

##### Artículo 17

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Se entiende, siempre que se transfiera de manera legal y constitucional la propiedad, pues si estamos ante restricciones ilegales, ante actos de despojo, la consulta no procede. No puede consultarse por ejemplo las concesiones forestales, pues está prohibido la existencia de bosques de producción permanente y concesiones forestales cuando, estas se superponen a territorios de comunidades nativas, debiendo redimensionarse estos, de conformidad con la R.M. 0368-2018-MIDAGRI.

#### 5.2. Los actos que deben ser consultados según la Corte IDH porque afectan directamente

La Corte IDH también ha precisado un listado de actos que deben ser consultados. Se trata de pronunciamientos que resultan vinculantes para los operadores del sistema de justicia y para los particulares.

##### 5.2.1. Lista de actividades en general

La Corte IDH en la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo del caso Saramaka vs Suriname, precisa una lista taxativa de posibles

supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. De este listado se desprende entre líneas un conjunto de criterios que definitivamente ayuda a precisar el contenido de afectación directa.

En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 5) .

Este tipo de criterios resultan muy valiosos para que la implementación del derecho a la consulta previa, pues orientan la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

### 5.2.2. Lista de actividades extractivas que deben ser consultadas

También la Corte IDH da cuenta de actividades que no solo deben ser consultadas sino donde además se debe obtener el consentimiento. De acuerdo con el principio de *quien puede lo más puede lo menos*, estos actos recogidos por la Corte IDH, de un pronunciamiento del Relator de las Naciones Unidas de los Derechos de Pueblos Indígenas, se vuelven vinculantes.

Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 43).

### 5.2.3. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala

La Corte IDH en otra oportunidad insiste en la consulta y en la obligación de obtener el consen-

timiento de planes de desarrollo y de inversión a gran escala.

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio [resaltado nuestro], el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 42).

### 5.3. Los actos que deben ser consultados según la Corte Constitucional de Colombia porque afectan directamente

La Corte Constitucional de Colombia vas más allá, y desarrolla posibles supuestos de “afectación directa”. Se trata de un notable y sustancial desarrollo, que definitivamente ayuda y fortalece la consulta previa, y facilita la implementación de la consulta previa:

“La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o

posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido [resaltado nuestro]<sup>26</sup>.

Insistimos que se trata de criterios desarrollados por una de las cortes constitucionales más prestigiosas, y cuya jurisprudencia es referencia obligada de nuestro Tribunal Constitucional.

## **6. Análisis del nuevo criterio desarrollo por el TC sobre afectación directa en la STC 01717-2014-PC**

Una vez desarrollado estos considerandos, es el momento de analizar la STC No 01717-2014-PC. En ella se introduce un nuevo criterio que, en nuestra opinión, no resulta consistente y coherente con este corpus de criterios y principios desarrollados por el TC y por otras fuentes normativas.

Si bien estamos ante un concepto jurídico indeterminado, es en el caso concreto cuando se terminará de precisar si una determinada medida administrativa o normativa “afecta directamente” a pueblos indígenas, existen un corpus, es decir, un conjunto de criterios normativos desarrollados legislativa, reglamentariamente y jurisprudencialmente, sobre que debemos de entender por afectación directa.

Algunos criterios son más específicos y concretos, otros son más generales. En otros casos, se trata de criterios que se desprenden de normas que regulan el derecho a la consulta previa. En otros casos no se trata de criterios, sino de un listado taxativo de actos administrativos como hace la Corte IDH o la Corte Constitucional de Colombia.

No se trata de criterios disonantes, contradictorios, o antagónicos, sino criterios en gran medida consistentes y coherentes. Asimismo, no solo se trata de criterios persuasivos sino también de criterios vinculantes, criterios de cumplimiento obligatorio para los operadores del sistema de justicia y para los funcionarios públicos. Esto implica, que estos criterios deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar si una determinada medida afecta o no afecta directamente a los pueblos indígenas.

Estos criterios ampliamente desarrollados, no neutralizan el margen de apreciación, sino en nuestra opinión, reducen la posibilidad de incurrir en arbitrariedad por parte del órgano público, que debe evaluar si una determinada medida “afecta directamente” a los pueblos indígenas.

- La nueva tesis del TC de la afectación directa como “potencialidad de alterar estructuras”

En la STC No 01717-2014-AC el TC desarrolla un nuevo criterio sobre qué entender por afectación directa. El nuevo criterio es que se consulta cuando estamos ante normas que tienen “la potencialidad de alterar la estructura política, social, ambiental entre otras condiciones”.

Estas medidas pueden tener efectos sobre las poblaciones indígenas, pero no tienen la potencialidad de alterar la estructura política, social, cultural, ambiental, entre otras condiciones, de la comunidad indígena u originaria [resaltado nuestro]. Conviene recordar que, pese a que no activan el procedimiento de la consulta, deben desarrollarse en el marco del respeto y garantía de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general.<sup>27</sup>

26 Párrafo 7.3 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018).

27 STC No 01717-2014-PC, f.j. 30

Lo primero que es conveniente preguntarnos, es si este nuevo criterio ¿añade o reemplaza? Los criterios ya existentes. Como podemos advertir, se ha pasado de la concepción que entendía afectación directa como “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” a la concepción de afectación como “alteración de la estructura política, social y ambiental”. No queda claro si se añade un nuevo criterio o si reemplaza el criterio anterior.

Si leemos bien, advertiremos que al parecer para el TC estamos ante un criterio que reemplaza a los criterios anteriores. El hecho de citar sentencias anteriores no exime al TC de su obligación de motivar y fundamentar el nuevo criterio, y de explicar por qué se aparta de los criterios anteriores desarrollados. No podemos olvidar que el TC está atado a sus propios pronunciamientos.

También debe advertirse que el TC no explica qué debe entenderse qué significa alterar las “estructuras”. El tribunal debió de explicar el contenido del nuevo criterio, qué debemos entender por este nuevo criterio. Pues de no hacerlo estamos cambiando un nuevo concepto jurídico indeterminado por otro.

- Crítica a la No 01717-2014-PC: “Impacta pero no altera la estructura”

Como lo dijimos antes, se trata de un proceso constitucional de cumplimiento, donde se pedía la consulta previa de las Resoluciones Ministeriales No. 350-2012-MEM/DM y No. 209-2015-MEM/DM, que regulan la consulta previa de actos administrativos en materia de hidrocarburos y en materia de electricidad. En concreto, estas normas regulan qué medidas deben consultarse, cuándo deben consultarse y quién debe consultarlas, en materia de hidrocarburos y electricidad. La sentencia resuelve desestimar la demanda, y en

consecuencia, declarar que estas normas no deben ser consultadas.

El argumento del TC para pronunciarse contra la consulta de las normas cuestionadas a través del proceso constitucional es que, precisamente, las normas no alteran la estructura de las comunidades. El argumento del TC es que “impacta pero no altera la estructura”.

Como se puede observar, la identificación de los procedimientos administrativos en las actividades de hidrocarburos y electricidad establecida en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, considerando una interpretación amplia, si bien impacta sobre las comunidades indígenas, al referirse a la consulta previa de esos procedimientos administrativos, **no plantea una prescripción u obligación de alguna conducta que tenga la potencialidad de alterar directamente la estructura social, económica, ambiental, territorial o jurídica de dicha población.** Asimismo, en la medida en que se ha advertido que la determinación del órgano a cargo y los términos en los que está planteada la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados **no generan una afectación directa a las comunidades indígenas** [resaltado nuestro], se concluye que este extremo de la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM no activa la obligación de que sea consultada previamente.<sup>28</sup>

En palabras del TC, al no “alterar” la estructura de las comunidades, estas normas no generan una “afectación directa”. Sobre la base de un nuevo criterio, el de “alteración de estructuras”, se pronuncia el TC para excluir de la consulta, nada menos que de una norma que regulaba la propia consulta previa de actividades que tiene intensa

28 STC No 01717-2014-PC, f.j. 59.

incidencia en los territorios de los pueblos indígenas.

Ciertamente, no todo lo que afecte a los pueblos indígenas debe ser consultado, pues no podemos pasarnos la vida consultando, como tampoco podemos reservar la consulta para los cambios que pongan en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Se trata de cambios significativos.

Tras 26 años de entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, sentencias y criterios como este generan cierta incertidumbre, cierta zona gris, que abre las puertas para interpretaciones discrecionales que lindan en la arbitrariedad, y que en los hechos permiten la exclusión de la consulta de importantes y significativos actos administrativos que si afectan a las comunidades campesinas.

- Pero ¿Estamos ante un nuevo criterio?

Aparentemente, estamos ante un nuevo criterio, la “alteración de estructuras”, y aparentemente, este nuevo criterio exige cambios más intensos y significativos. Al parecer, afectación directa a los pueblos indígenas deberá ser entendida como aquellas afectaciones que generen impactos intensos y significativos, impactos que afectan las estructuras de las comunidades. El problema es que el TC no llega a definir qué debemos entender por “estructuras”. En nuestra opinión, no se trata de un nuevo criterio, toda vez que el TC no llega a definir qué significa alterar las estructuras. Cambiamos un concepto jurídico indeterminado por otro. En realidad, estamos ante una sentencia del TC que incumple su propia jurisprudencia, que se aparta de la jurisprudencia de la Corte IDH, y que crea un nuevo concepto, que antes que arrojar luz, nos sigue dejando en la indeterminación y en la incertidumbre.

- TC no motiva su nuevo criterio

En definitiva, el TC no fundamenta ni explica qué significa y qué implica el nuevo criterio. Debió explicar mejor que significa en concreto alterar las estructuras. No pedimos que haga lo que hizo la Corte IDH o la Corte Constitucional de Colombia, de elaborar un listado taxativo de actos simplemente que precise mejor el contenido de este concepto o criterio.

No basta con citar pronunciamientos anteriores del TC. Motivar, fundamentar es dar argumentos, razón y causa de una decisión jurisdiccional. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes. Como dice Víctor García Toma, dos son las funciones que cumple la motivación, primero, una garantía de defensa según la cual las partes deben conocer bajo qué sustento se les condena, absuelve o se les concede razón, a fin de que exista la posibilidad de impugnación. De haber razones podrá haber críticas y discrepancias. En segundo, lugar una función de garantía legitimadora, de conformidad con la cual la ciudadanía logra confiar en sus jueces mientras estos se apeguen al derecho (García Toma, 2008, p. 643).

Esta falta de motivación es puesta en evidencia por el voto singular de Eloy Espinoza, cuando sostiene:

Con lo anotado, me parece claro que el problema de fondo incide en la perspectiva limitada que se ha acogido, una vez más, respecto de la “afectación directa” que justifica el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, entendido tan solo como, reitero, el “impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria”, pues ella lamentablemente excluye, seguramente sin que este sea el propósito de mis colegas, aquello concerniente a la regulación del propio derecho a la consulta previa. En este orden de ideas, una perspectiva complementa-

ria debería incluir dentro de los supuestos de “afectación directa” a todos aquellos casos en los que podría existir una vulneración o amenaza de los diversos derechos fundamentales que titularizan las comunidades originarias [subrayado agregado] (y por cierto, de manera especial aquellos ámbitos relacionados con las esferas “política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras” a las que se alude en el proyecto).<sup>29</sup>

Adviértase, que el magistrado Eloy Espinoza, habla de un nuevo criterio. Refiere a medidas positivas o negativas que afectan las “esferas” social, económica cultura, política, ambiental, etc.

- TC desconoce lo establecido por la Corte IDH

El emite sentencia sobre consulta previa, incumpliendo y desconociendo la jurisprudencia obligatoria de la Corte IDH. En el ítem 4 del párrafo 16 de la sentencia de la Corte IDH, de interpretación de la sentencia de fondo recaída en el caso Saramaka vs Surinam, esta corte precisa una lista de posibles supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. Uno de esos supuestos de consulta previa es:

En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: [...] (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 5).

Adviértase que para la Corte IDH, en el ítem 4 del párrafo 16, la regulación del proceso de consulta debe ser consultado. No obstante, nuestro TC opi-

na de forma diferente, pues en este caso, considera que no debe ser consultado las normas que regulan quién, cuándo y qué acto administrativo en materia de hidrocarburos y electricidad debe ser consultado.

En ese sentido, el TC incumple y viola que el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 31307, que establece que el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, según el cual “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 con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

## 7. Conclusiones

- La “afectación directa”, como supuesto que justifica el ejercicio del derecho a la consulta previa, es un concepto jurídico indeterminado. La indeterminación de este concepto no otorga una absoluta facultad discrecional al Estado. La afectación directa deberá ser analizada a partir del caso concreto, momento en el cual deberá analizarse si hay afectación directa o no y concretarse, lo cual debe ser debidamente sustentando y fundamentado.
- Se ha desarrollado un conjunto de criterios sobre qué entender por afectación directa. Estos pueden ser encontrados en la legislación, en la ley de consulta y su reglamento, y fundamentalmente en la jurisprudencia del TC y de la Corte IDH. Estos criterios son vinculantes y deben ser tomados en cuenta por el Estado.

29 Voto singular del Magistrado Eloy Espinoza-Saldaña, STC 01717-2014-PC, f.j. 10

- El TC exige fundamentalmente que se tomen en cuenta 4 criterios al momento de recursos a los conceptos jurídicos indeterminados. Estos criterios son: 1) elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), 2) adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), 3) respeto de ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, 4) respeto de los derechos fundamentales.
- Los criterios jurídicos desarrollados para analizar cuando una medida “afecta directamente” son los siguientes: Para el Convenio 169 de la OIT exige “perjudicar intereses de los pueblos indígenas”. La concepción de afectación directa de la Ley 29785 (Ley de consulta previa), es la “afectación de derechos colectivos”. La concepción en el Reglamento de la Ley 29785 por su lado, son “cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”. La afectación directa para la Corte IDH, “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”. Por su lado, el TC ha desarrollado también varios criterios sobre “afectación directa”, esta referido a los “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”, a “cambios relevantes, sustanciales y directos en la situación jurídica”, que la “determinación debe ser de buena fe”, que “medidas que menoscaban, perjudican, influyen desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”, que la afectación directa debe ser potencial, que debe ser una afectación concreta no abstracta, que la afectación de derechos fundamentales debe o poder ser en general, que la afectación puede ser de derechos e intereses, que la afectación directa “para” los pueblos indígenas debe analizarse en un marco intercultural.
- En otros casos, la Corte IDH ha definido taxativamente, los posibles supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. De este listado se desprende ente líneas un conjunto de criterios que definitivamente ayuda a precisar el contenido de afectación directa:
 

“En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, pp. 5-6).
- El TC en la STC 01717-2014-PC desarrolla nuevo criterio sobre afectación directa que no motiva y que se aparta de los criterios estable-

cidos lo cual resulta arbitrario. Según este, no basta con que una determinada medida “impacte” en los pueblos indígenas, sino que tiene que “alterar” las estructuras sociales, culturales, económicas, ambientales, políticas, etc. El problema es que el TC no define que es alterar una estructura. En tal sentido, la STC 01717-2014-PC es arbitraria en varios sentidos. Primero porque no motiva el nuevo criterio, más aún cuando estamos ante un concepto que tiene naturaleza de concepto jurídicamente indeterminado. Es arbitrario también, porque no motiva porque se aparta de su propio criterio, desarrollado anteriormente. Arbitrario también porque no explica porque ignora el sustancioso desarrollo del concepto de aplicación directa en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

## Bibliografía

- García de Enterría, E. (2004). *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Palestra.
- García Toma, Víctor. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Jurista Editores
- Ruiz Molleda, J. (2012): La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú: Compendio de Legislación y jurisprudencia. Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz Molleda, J. (2014). Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. *Derecho & Sociedad*, (42), 179-192.
- Ruiz Molleda, J. y Abdo, P. (4 de octubre de 2018). “Autoridad Nacional del Agua desconoce gestión de las aguas por las comunidades campesinas. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2018/10/04/autoridad-nacional-del-agua-desconoce-gestion-de-las-aguas-por-las-comunidades-campesinas/>.
- Anaya, J. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas* (Documento ONU A/HRC/12/34). Consejo de Derecho Humanos, Organización de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA/Ser.L./V/II, Doc. 56/09). Organización de los Estados Americanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

