

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO Periodo Anual de Sesiones 2014 - 2015

Señora Presidenta:

Han venido para estudio y dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento los siguientes proyectos de resoluciones legislativas:

- **Proyecto de Resolución Legislativa 1183/2011-CR**, presentado por el grupo parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa de la congresista Veronika Fanny Mendoza Frisch, por el que se propone modificar el Reglamento del Congreso de la República y agregar como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les afecten.
- **Proyecto de Resolución Legislativa 2391/2012-CR**, presentado por el grupo parlamentario Alianza para el Gran Cambio, a iniciativa de la congresista María Soledad Pérez Tello de Rodríguez, por el que se propone modificar el Reglamento del Congreso de la República e incorpora el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios para las medidas legislativas que los afecten de forma directa.
- **Proyecto de Resolución Legislativa 3088/2013-CR**, presentado por el grupo parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa del congresista Eduardo Nayap Kinin, por el que se propone modificar el Reglamento del Congreso de la República e incluir un anexo que regula la consulta previa de las medidas legislativas cuya afectación sea directa a los pueblos indígenas.
- **Proyecto de Resolución Legislativa 3807/2014-CR**, presentado por el grupo parlamentario Dignidad y Democracia, a iniciativa de la congresista Claudia Faustina Coari Mamani, por el que se proponer modificar el Reglamento del Congreso de la República con la finalidad de incorporar un título referido al procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas respecto de los proyectos de ley y medidas legislativas que los afecten.

I. SITUACION PROCESAL

1. Antecedentes

El proyecto de Resolución Legislativa N° 1183/2011-CR ingresó al Área de Trámite Documentario el 28 de mayo del 2012 y fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento con fecha 1 de junio del 2012.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

El proyecto de Resolución Legislativa N° 2391/2011-CR ingresó al Área de Trámite Documentario el 20 de junio del 2013 y fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento con fecha 1 de julio del 2013.

El proyecto de Resolución Legislativa N° 3088/2013-CR ingresó al Área de Trámite Documentario el 12 de diciembre del 2013 y fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento con fecha 18 de diciembre del 2013.

El proyecto de Resolución Legislativa N° 3807/2014-CR ingresó al Área de Trámite Documentario el 15 de setiembre del 2014 y fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento con fecha 23 de setiembre del 2014.

2. Opiniones recibidas

a) De la Presidencia del Consejo de Ministros

Mediante oficio N° 1630-2014-PCM/SG/OCP de fecha 9 de abril del 2014 se recibe la opinión sobre el Proyecto de Ley 2391/2012-CR que propone modificar el Reglamento del Congreso e incorporar el procedimiento de consulta previa. Al respecto se señala que es pertinente que el Congreso de la República, **en uso de su autonomía**, establezca un procedimiento interno que regule la consulta previa para las medidas que se elaboren en este poder del Estado.

b) Del Ministerio de Cultura

Mediante oficio N° 124-2014-VMI/MC de fecha 31 de marzo del 2014 se recibe la opinión del Viceministerio de Interculturalidad respecto al Proyecto de Ley 2391/2012-CR que propone una resolución legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República e incorpora el procedimiento de consulta previa. Al respecto se señala que el proyecto de resolución legislativa deberá ajustarse tanto a la normativa constitucional como a la normativa de rango legal vigente en materia de consulta previa, **innovando sólo los aspectos relativos específicamente a las funciones de los órganos parlamentarios que actúen en el desarrollo del procedimiento de consulta y a las características de las etapas en la aprobación de las propuestas legislativas.**

De otro lado, se resalta la importancia de determinar la instancia parlamentaria que deberá encargarse de realizar la identificación de la medida que potencialmente podría afectar a los pueblos indígenas. Finalmente, se deja presente que los acuerdos a los que se arribe con los pueblos indígenas en sede parlamentaria se constituyen de inmediato en obligatorios sin opción de ser revisados por órgano alguno, explicando que la base jurídica

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

para este razonamiento radica en que el límite del Reglamento del Congreso es lo dispuesto por la Constitución Política.

c) Del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República

Mediante oficio N° 461-2014-2015-DIDP-DGP-CR de fecha 28 de enero del 2015 se recibe el informe temático "El marco jurídico internacional para la consulta previa y su regulación en países de Latinoamérica" el cual presenta una síntesis de los aspectos más relevantes sobre consulta previa desarrollados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se concluye estableciendo que la consulta previa es un mecanismo por el que se busca generar espacios de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas a fin que se les consulte cada vez que se dispongan medidas legislativas que puedan afectarlos.

d) De la Confederación Nacional Agraria (CNA).

Mediante carta N° 099-2015-CNA/CEN de fecha 13 de mayo del 2015 se recibe la opinión de la Confederación Nacional Agraria sobre los proyectos de ley 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR. Se dice principalmente que las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas agrupadas en el Pacto de Unidad¹ tuvieron seis reuniones de trabajo con el equipo técnico de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República durante el periodo legislativo 2013-2014. A raíz de estas reuniones se logró elaborar un texto acerca de las reformas mínimas que tenían que efectuarse en el Reglamento del Congreso para incorporar el procedimiento de consulta previa sobre medidas legislativas.

A partir de lo señalado, se ratifican en el texto aprobado, solicitando que el mismo sea respetado en su versión original en la Comisión de Constitución y Reglamento ya que se trata de un deber ineludible del Congreso de la República que se viene omitiendo en los últimos veinte años.

e) De la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)

Mediante carta N° 117-CD/AIDSESP-2015 de fecha 13 de mayo del 2015 el Consejo Directivo Nacional de AIDSESP emite opinión sobre los proyectos de ley 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR. Señalan que el proyecto de resolución legislativa 3088/2013-CR es el que más se adecua a las necesidades de los pueblos

¹ El Pacto de Unidad es una organización que agrupa y coordina a las principales organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. Está conformada por la Confederación Nacional Agraria, la Confederación Campesina del Perú, la Central Única Nacional de Rondas Campesinas, la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú, la Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú, Unión Nacional de Comunidades Aymaras.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

indígenas. Respalda que a la brevedad posible se efectúe la reforma del Reglamento del Congreso para incorporar el mecanismo de consulta previa.

II. REUNION DE TRABAJO CON LAS ORGANIZACIONES NACIONALES REPRESENTATIVAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Con fecha 13 de mayo del 2015 se llevó a cabo una Reunión de Trabajo dirigida por el Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento y su equipo de asesoría técnica con representantes de la Confederación Campesina del Perú (CCP), de la Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), de la Confederación Nacional Agraria (CNA), las que conforman el Pacto de Unidad; asimismo estuvieron representantes de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Amazonía Peruana (AIDESEP). También participaron funcionarias del Ministerio de Cultura y de los despachos de los congresistas autores de los proyectos de resolución legislativa que han dado origen al presente dictamen.

En la Reunión de Trabajo en mención las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas insistieron en que se respete el acuerdo obtenido ante la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República respecto al texto normativo consensuado, el mismo que fue aprobado el 2 de marzo del 2014. Cabe destacar que dicho texto fue trabajado con el aporte de representantes del Ministerio de Cultura, de la Defensoría del Pueblo y de expertos invitados a las diferentes sesiones que se realizaron.

III. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS

El Proyecto de Resolución Legislativa N° 1183/2011-CR, contiene cuarenta artículos y siete disposiciones finales, transitorias y complementarias, que tienen por finalidad el deber de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el procedimiento legislativo con la finalidad de obtener el consentimiento de dichos pueblos antes de aprobar una medida legislativa que los afecte.

El Proyecto de Resolución Legislativa N° 2391/2012-CR, contiene trece artículos, dos disposiciones finales transitorias y cuatro disposiciones finales complementarias, que tienen como objeto implementar el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, para aquellas proposiciones de ley que los afecten en forma directa, conforme los criterios, principios y definiciones establecidas en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Constitución Política del Perú, la Ley 29785, el Reglamento del Congreso de la República y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

El Proyecto de Resolución Legislativa N° 3088/2013-CR, contiene veintinueve artículos, dos disposiciones complementarias y una disposición transitoria, que tiene como objeto desarrollar el derecho a la consulta previa legislativa a los pueblos indígenas y establecer canales de comunicación y diálogo entre el Congreso de la República y los Pueblos Indígenas.

El Proyecto de Resolución Legislativa N° 3807/2014-CR, contiene nueve artículos y una disposición final y complementaria, que tiene como objeto incorporar y regular el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas y proyectos de ley que los afecten.

IV. MARCO NORMATIVO

1. Marco Nacional e Internacional

- Constitución Política del Perú.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Reglamento del Congreso de la República.
- Resolución Legislativa N° 26253, Aprueban el "Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes".
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

V. ANALISIS DE LA PROPUESTA

1. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico internacional.

El derecho de consulta previa de los pueblos indígenas ha sido materia de abordaje en diversas normas internacionales tanto a nivel universal como regional. Existe por lo tanto una serie de estándares vinculantes para los Estados que comprenden tratados y convenios internacionales así como una vasta jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales que en el caso peruano hemos aceptado. A continuación revisaremos las normas y directrices más relevantes que deben orientar la legislación interna.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

1.1 Estándares de acuerdo a las normas y principios del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales –en adelante Convenio 169- es la principal norma del sistema universal de derechos humanos que se refiere al derecho a la consulta previa. Se trata de una norma aprobada en 1989 que buscó establecer una clara diferencia con lo que hasta ese momento había venido siendo la regulación internacional de los pueblos indígenas.

En este sentido, el preámbulo de esta norma es ilustradora de este enfoque cuando establece en su cuarto párrafo que dada la evolución del derecho internacional desde 1957² y por los cambios producidos en *"la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;"* (subrayado es nuestro).

Con lo cual queda reafirmado que las normas que se aprobaban tendrían una dimensión axiológica contraria a lo que había venido rigiendo hasta ese momento en la OIT y en los diversos países, de suerte que el Convenio 169 tendría que ser interpretado e implementado bajo estas consideraciones que reconocían el derecho de los pueblos indígenas y tribales a dirigir sus propias formas de desarrollo, preservando su identidad y con el derecho a participar y ser consultados sobre las decisiones que los Estados adoptasen y que los afecten.

Por ende, son bajo estas consideraciones que debe leerse el artículo 6 del Convenio 169 cuando obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se propongan medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente.

Al respecto, la Comisión de Expertos que resulta ser uno de los órganos de control de la OIT ha enfatizado que uno de los desafíos fundamentales en la aplicación del Convenio 169 es "(i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblo indígenas y tribales; (...)"³

Es por tanto importante entender que los Estados tienen la obligación de establecer los mecanismos que permitan la participación y consulta previa de los pueblos indígenas y tribales como una forma de dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de esta norma, debiendo seguirse lo señalado por la Comisión de Expertos en el año 2008 cuando afirma que este derecho es "la piedra angular" del Convenio 169⁴.

² Fecha en que se aprueba el Convenio N° 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales.

³ OIT. "Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica – Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT". Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pág. 64.

⁴ Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio 169, 79ª reunión, 2008.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Se trata entonces de una disposición normativa singular que genera a los países que suscriben el Convenio 169 una serie de obligaciones para adecuar sus disposiciones internas a las orientaciones que establece la norma internacional, debiendo relievase la incorporación de la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas que los Estados planeen realizar ya que de ese modo se asumiría una "vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentra los pueblos"⁵.

1.2 Estándares de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y según las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Principalmente ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte") quien ha establecido los estándares más relevantes para determinar los alcances del derecho a la consulta previa a partir de la jurisprudencia emanada de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada de forma concordada con los avances producidos en una serie de normas del derecho internacional.

De este modo son las sentencias desarrolladas en los casos de los pueblos Saramaka con Surinam y el pueblo Sarayaku con Ecuador las principales referencias de cómo el Sistema Interamericano entiende la concreción de este derecho. Adicionalmente, para efectos interpretativos ilustra mucho el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado "Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales".

Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas que se origina, en primer lugar, a partir de la interpretación del artículo 23 de la CADH referido al derecho a la participación en todos los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. A partir de ello la CIDH ha señalado: **"En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho de participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres, y formas de organización"**⁶.

⁵ PINTO, Vladimir y RIVERO, Ramón. *"La Consulta Previa: Desarrollo Normativo Internacional y Comparado y su aplicación en el Perú"*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), Lima, 2012, pag. 20.

⁶ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *"Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos"*. Organización de Estados Americanos, 2010, párrafo 274.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

En segundo lugar, se desprende del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al artículo 21 de la CADH, estableciendo un "concepto de propiedad diferente para los pueblos indígenas y tribales, fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma y su estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprenden de ellos"⁷.

Asimismo, del derecho del derecho se proyecta la identidad cultural por "la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio, el cual tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática"⁸

Es por ello que puede señalarse que desde la Corte IDH está claramente delimitado el estándar de la consulta previa como una obligación del Estado que debería consultar al menos acerca de los siguientes seis asuntos:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo afectado.
2. El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva de las organizaciones representativas indígenas.
3. **El proceso de adopción de medidas legislativas**, administrativas o de otra índole que incidan en el reconocimiento, protección, y garantía de los derechos colectivos indígenas (subrayado nuestro).
4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
5. Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental.
6. En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios⁹.

⁷ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. "El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú". Lima, 2011, pag. 15.

⁸ CORTE IDH, *Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrafo 159.

⁹ CORTE IDH, *Caso del Pueblo de Saramaka con Surinam*. Sentencia del 12 de agosto del 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 16. En: YAÑEZ Nancy y SILVA, www.congreso.gob.pe

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Se trata entonces de un conjunto de normas y principios que establecen obligaciones y orientaciones para que los Estados realicen procesos de consulta previa de buena fe a través de mecanismos de diálogo intercultural que tengan como objetivo alcanzar un acuerdo o el consentimiento del pueblo indígena consultado.

1.3 Estándares de acuerdo las directrices del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

En su último informe sobre el Perú el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas señala los aspectos positivos que contiene la Ley de Consulta Previa aprobada en setiembre del 2011 en tanto que reconoce los estándares internacionales en la materia, como es el caso que las consultas deban realizarse de forma previa, de buena fe, en el idioma de los pueblos indígenas afectados, con información oportuna, dentro de un plazo razonable y a través de un proceso de diálogo intercultural¹⁰.

También se señala que más allá de los aspectos positivos de la legislación aprobada por el Perú, el desafío ahora consiste en "implementar la consulta previa de modo que se instrumentalice y se salvaguarde todo el espectro de derechos humanos de los pueblos indígenas. (...) De modo que la consulta debe funcionar como una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las industrias extractivas realizadas en sus territorios y no solo un mecanismo para lograr la autorización de la medida legislativa o administrativa consultada"¹¹.

Finalmente, hay todo un énfasis en la importancia de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas consultados que en determinados contextos puede significar que de no alcanzarse esta finalidad se produzca una prohibición de la medida o el proyecto¹². Al respecto, ya desde el 2007 la Corte IDH ha establecido en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam que "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones".

Hernando. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional. Informe 19 IWGIA – 2014 Observatorio Ciudadano, Santiago, 2014. Pag. 14-15.

¹⁰ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*. 7 de mayo del 2014, en A/HRC/27/52/Add.3 párrafo 33. Disponible en línea: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/072/47/PDF/G1407247.pdf?OpenElement> (revisado el 25 de mayo del 2015)

¹¹ Ibid, párrafo 35

¹² RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio del 2009, A/HRC/12/34, párrafo 43.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Dicho en otras palabras, ha sido regulado de modo pretoriano la obligación de obtener el consentimiento a la que alude la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹³.

2. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico nacional.

En el caso del Perú se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en febrero de 1993. La vigencia de este tratado empezó el 2 de febrero de 1995 por lo que desde esa fecha ha estado incorporado en el ordenamiento interno el derecho a la consulta previa.

Posteriormente, la conjunción de una serie de factores respecto al cumplimiento de este derecho generaron que en el Estado peruano no se llevaran a cabo procesos de consulta previa, lo cual tuvo entre otros efectos que las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas incorporasen dentro de sus demandas la aprobación de una ley que implementase la consulta previa.

De este modo, en el 2011 en el presente periodo legislativo se adoptó en uno de sus primeros actos la aprobación, desde el 7 setiembre del 2011, de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa¹⁴. Consecutivamente, desde el Poder Ejecutivo se ha expedido el reglamento de dicha norma, el Decreto Supremo 001-2012-MC aprobado el 3 de abril del 2012. En el primer caso, la ley de consulta previa recoge los principales aportes que hicieron llegar las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. En el caso del reglamento de esta ley, si bien fue sometido a un proceso de consulta previa, ha sido materia de críticas por parte de las organizaciones antes mencionadas porque no se respetaron los acuerdos arribados con los representantes estatales, aprobándose un texto que recogía parcialmente los consensos establecidos.

Adicionalmente es importante resaltar una norma de carácter reglamentario que establece la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios – Directiva N° 003-2012-MC¹⁵ en la que se establecen los criterios objetivos y subjetivo para determinar si se acredita la condición de pueblo indígena. A raíz de ello se ha publicado una lista de 52 pueblos indígenas existentes en todo el país¹⁶.

¹³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas". En: BOGDANDY, Armin von y otros (ed.) "La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucionales commune en América Latina? Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010, pág. 40.

¹⁴ La Ley 29785 entró en vigencia en diciembre del 2011. El contenido del texto y su reglamento puede revisarse en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/compendio-normativo.pdf>

¹⁵ Puede verse en: <http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2012/06/resoluciones-ministeriales/1359.pdf>

¹⁶ La lista de los pueblos indígenas puede verse en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas.pdf>

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

A nivel jurisprudencial lo desarrollado en el Tribunal Constitucional aún resulta exiguo, sin embargo, es posible identificar algunos aportes en sus sentencias:

1. *La sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera).*
La cual principalmente desarrolla la idea del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT. Siendo a nuestro modo de ver una de la más importante, no sólo por tratarse de un pronunciamiento del TC que por primera vez aludía al derecho a la consulta previa, sino porque establecía una serie de consideraciones que debían ser tomadas en cuenta para entender la diversidad étnica y cultural del país. De otro lado, exhortaba al Congreso de la República a desarrollar una legislación sobre consulta previa¹⁷.
2. *La sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama I).*
Es hasta el momento el pronunciamiento más claro y progresista del colegiado que establece reglas sobre las etapas del proceso de consulta; asimismo, señala los principios que deben orientar la realización de la consulta: buena fe, flexibilidad, la finalidad de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación oportuna del proceso de consulta; se hace también un explicación sobre lo que diferencia al derecho a la consulta y el derecho a veto; finalmente, destaca que se haya reconocido la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas.
3. *La sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep I).*
Este pronunciamiento no tiene los avances de la sentencia anterior, sin embargo destaca que se haya señalado que resultan nulos todos los actos administrativos que no hayan sido consultados desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Menciona la importancia de la seguridad jurídica de las empresas que habrían actuado de buena fe cuando el Estado les aprobó las concesiones.
4. *La sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-TC (Caso Aidesep II)*
Aquí resulta interesante de este pronunciamiento que se ratifique la fuerza normativa de las disposiciones con rango constitucional que tendrían aplicación inmediata, y en tanto el Convenio 169 de la OIT tiene esta categoría, puede sostenerse que debe aplicarse sin necesidad que haya una ley de desarrollo; asimismo, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que aprobar una regulación reglamentaria sobre consulta previa, lo cual realizó esta entidad en mayo del 2011 cuando aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en actividades minero energéticas.

¹⁷ Es importante la fecha en que se publica esta sentencia, en febrero del 2009, antes de las protestas que se dieron en la Amazonía de Peruana, antes de los sucesos de Bagua.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

5. *La sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama II).*
Este pronunciamiento se manifiesta en sentido contrario de las anteriores sentencias, estableciendo que una disposición de naturaleza forestal no afecta a los pueblos indígenas y por lo tanto no tendría por qué ser consultada; en un segundo aspecto el Tribunal Constitucional asevera que los derechos al territorio y a los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas le pertenecen al Estado.
6. *Resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC.*
En esta resolución el tribunal peruano sostiene que el Convenio 169 de la OIT es exigible en el ordenamiento jurídico interno a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI/TC, es decir, desde el 9 de junio del 2010 y no desde 1995 cuando fue la fecha que el Perú ratificó dicho tratado internacional.
7. *La sentencia recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama III)*
Aquí se corrige la anterior resolución aclaratoria señalando que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el 2 de febrero de 1995, fecha que inició su vigencia en el Perú. Sin embargo, tiene otros aspectos polémicos como el hecho que se señale en este pronunciamiento que el agua no es un recurso natural relevante para los pueblos indígenas dentro de su territorio y que por lo tanto no tiene que ser sometido a un proceso de consulta previa.
8. *La sentencia recaída en el expediente N° 00026-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama IV)*
Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Legislativo N° 1083) porque se había producido sustracción de la materia, al haberse ya derogado esa norma.
9. *La sentencia recaída en el expediente N° 00027-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama V)*
Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad con el Decreto Legislativo N° 1020 referido a crédito agrario. Se señala que no dicha medida no afecta directamente a los pueblos indígenas.
10. *La sentencia recaída en el expediente N° 00028-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama VI)*
Esta sentencia es declarada improcedente porque la demanda se plantea contra la Ley que crea el Sistema Hídrico Nacional, la cual fue derogada posteriormente por la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338).
11. *La sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama VII)*
Esta sentencia se refiere al caso de fomento de inversiones en tierras eriazas que al no ser tituladas podrían ser enajenadas por el Estado. Los demandantes sostenían que en los territorios de las comunidades nativas existían varios casos de falta de titulación por lo que la disposición de estas tierras afectaban de modo directo su propiedad, de allí que esta medida debía habersele consultado. Fue declarada improcedente porque se señaló que no se trataba de una medida que afectaba directamente.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Es posible afirmar entonces que tenemos un marco normativo interno que reconoce la vigencia del derecho a la consulta previa desde 1995, habiéndose precisado desde setiembre del 2011 un procedimiento cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

3. El Derecho a la Consulta Previa sobre medidas legislativas

Sin lugar a dudas la obligación estatal de realizar procesos de consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas que afecten de modo directo a los pueblos indígenas irradia también al Congreso de la República. Esta obligación, que se desprende del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de la Jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Ley 29785 –Ley de Consulta Previa, establece una serie de efectos que deben dilucidarse para el desarrollo de la vía procedimental que permita implementarla. No obstante, la combinación de los derechos configurados en el Convenio 169 para ser admisibles en sede legislativa deben resguardar el principio democrático, habida cuenta que conforme reza el artículo 45 de la Constitución Política el poder emana del pueblo y en concordancia con lo previsto en el artículo 43 del mismo instrumento supremo, dicho ejercicio de poder se hace a través de la democracia representativa, es decir, por medio de los congresistas en quienes reposa la voluntad popular.

Precisamente la garantía de la autonomía parlamentaria impone procurar la incrustación de la consulta sin afectar las prerrogativas populares. En este sentido, conforme señala la Defensoría del Pueblo en el Informe N° 001-2014-DP/AMASPP1¹⁸, elaborado por el Programa de Pueblos Indígenas, se sugiere que la norma que se legisle tome en cuenta el procedimiento ya vigente, de modo que a nivel estatal existan criterios uniformes sobre la aplicabilidad de este mecanismo.

En tal sentido, se trata de reconocer lo establecido en el artículo 8 de la Ley 29785 que señala siete etapas mínimas que todo proceso de consulta debe considerar:

- 1) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- 2) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- 3) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- 4) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- 5) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- 6) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- 7) Decisión.

¹⁸ Con fecha 30 de abril del 2014 mediante oficio N° 0188-2014-DP la Defensoría del Pueblo envió a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República el Informe N° 001-2014-DP/AMASPP1-PPI.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Precisamente habrá que determinar en el congreso de la República en que estamento se da lo que prevé el punto 5, es decir, la evaluación interna y el momento del diálogo que contiene el punto 6.

4. Identificación de la medida legislativa

En primer lugar es necesario establecer cuándo un proyecto de ley debe ser sometido a un proceso de consulta previa ya que ello es uno de los asuntos ineludibles en la configuración del procedimiento legislativo. Al respecto, resulta útil lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC cuando señala que pueden distinguirse tres clases de medidas legislativas que pueden ser sometidas o no a consulta previa¹⁹:

- 1) Normas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria;
- 2) Normas de alcance general para todos los ciudadanos y ciudadanas que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa no es obligatoria;
- 3) Normas de alcance general que tiene en su contenido medidas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria.

A partir de lo cual se desprende que el criterio determinante es el de "*Afectación Directa*", que puede ser definida a partir de lo señalado en el artículo 3, literal b) del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa: 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".

En segundo lugar, corresponde examinar cuál sería la instancia responsable del Congreso de la República encargada de realizar esta identificación. Al respecto es claro que esta función tendría que estar a cargo de un ente intermedio que reúna las características de especialización técnica y de pluralidad. Elementos necesarios para legitimar las decisiones que allí se adopten.

5. ¿En qué momento del procedimiento legislativo se realiza la Consulta Previa?

Sostenemos que el establecimiento del momento en el que debe realizarse la consulta previa, como parte del procedimiento de aprobación de una medida legislativa, debe efectuarse en base a consideraciones de legitimidad y de pertinencia, de modo que la medida consultada pueda ser aprobada o desestimada de forma razonable y recogiendo los intereses y necesidades de los pueblos indígenas consultados.

Es por ello que tomando en cuenta lo propuesto por las cuatro iniciativas legislativas que son materia del presente dictamen, creemos que el momento adecuado para la consulta es después de elaborado el pre dictamen por la Comisión ordinaria especializada (artículo 77 del Reglamento del Congreso). De este modo, la propuesta consultada serviría para deliberar el acuerdo y ser puesta a debate y votación. De ser positiva la consulta sería remitida al Pleno como dictamen consultado.

¹⁹ TC. Expediente N° 0022-2009-PI/TC párrafo 21.

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

6. Naturaleza de los acuerdos vinculantes en la Consulta Previa

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785 – Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, el acuerdo obtenido entre la entidad estatal y el pueblo indígena consultado debe otorgársele una especial connotación. Se trata de una decisión de la máxima importancia que posibilita el respeto a un diálogo de carácter genuino que por su naturaleza permite arribar a dicha conclusión. No obstante, en sede parlamentaria, sustituir al Pleno del Congreso de la República sería quebrar los principios democráticos que sustentan la organización del poder. En ese orden de ideas, **ningún acuerdo, puede estar por encima de la deliberación que realice el Pleno.**

El derecho de consulta se resguarda, se promueve y se protege, pero el congreso de la República debe preservar en su instancia de decisión final la posibilidad de definir la postura normativa que va asumir.

En ese orden de ideas, y a efectos de darle el realce que corresponde a los acuerdo en consulta, se prevé como regla que la propuesta se aprueba en el Pleno del congreso de la República, por mayoría simple, y solo se puede apartar de dicho acuerdo la representación nacional, por mayoría calificada. De esta manera, queda a salvo el principio representativo así como el no mandato imperativo previsto en el artículo 93 de la Constitución y el derecho a la consulta previa.

VI. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con el literal b) del artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, la Comisión de Constitución y Reglamento, se pronuncia por la **APROBACION** de los proyectos de resolución legislativa 1183/2011-CR, 2391/2012.CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, con el siguiente **TEXTO SUSTITUTORIO**:

El Congreso de la República.
Ha dado la Resolución Legislativa siguiente

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PARA INCORPORAR LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE LES AFECTEN

Artículo 1. Modificación de los artículos 70, 73, 75, 77 del Reglamento del Congreso de la República

Modifícanse los artículos 70, 73, 75 y 77 del Reglamento del Congreso de la República, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

"Dictámenes"

Artículo 70. Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas. **En el caso de dictámenes recaídos en proyectos de ley que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las comisiones dictaminadoras solicitan opinión a las organizaciones de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta la medida y el ámbito territorial de su alcance.** Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

(..)

Etapas del procedimiento

Artículo 73. El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

(..)

Están exceptuadas de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

Ninguna proposición de ley que afecte los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios es exonerada del cumplimiento de estas etapas.

Requisitos y presentación de las proposiciones

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental **o sobre la afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.** De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

(..)

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

Envío a Comisiones y estudio

Artículo 77.

(..)

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa consulta con el Vicepresidente encargado. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.

En caso de tratarse del dictamen de una propuesta legislativa que incida en materia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, la Comisión deberá someter el texto que haya elaborado al proceso de consulta previa. Con o sin acuerdo, la comisión vota el dictamen y de ser aprobado lo remite al Pleno del Congreso de la República dejando constancia expresa de las incidencias que se hayan dado en el procedimiento de la consulta.”

Artículo 2. Incorporación del literal g) al artículo 81 del Reglamento del Congreso de la República

Incorpórese el literal g) al artículo 81 del Reglamento del Congreso de la República, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Reglas especiales para la aprobación de proposiciones de ley

Artículo 81°. - Para el debate y aprobación de proposiciones de ley que no se refieran a materia común, se observarán las siguientes reglas:

(..)

g. Leyes que incidan en materia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, las cuales de haberse logrado un acuerdo a nivel de comisión como resultado de la consulta previa, solo podrá ser desaprobado con el voto en contra de la mitad más uno del número legal de Congresistas.”

Dictamen recaído en los proyectos de resolución legislativa N° 1183/2011-CR, 2391/2012-CR, 3088/2013-CR y 3807/2014-CR, proponen modificar el Reglamento del Congreso de la República para incorporar la consulta previa legislativa.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Recursos para la consulta

La Mesa Directiva del Congreso de la República, dentro de su disponibilidad presupuestal, garantiza los recursos necesarios que demande el proceso de consulta de medida legislativa con el fin de asegurar la participación de los pueblos indígenas u originarios.

SEGUNDA. Asistencia técnica y asesoramiento para el proceso de consulta

La Dirección de Participación Ciudadana se constituirá en la Secretaría Técnica para el proceso de consulta previa, para lo cual asiste y apoya a las Comisiones ordinarias dictaminadoras.

Salvo mejor parecer,

Dese cuenta,

Sala de Comisiones.

Lima, 4 de septiembre del 2015.