

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA VIGENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA
PREVIA ANTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL SECTOR DE
MINERÍA, DADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 29785”**

TESIS

PRESENTADA POR:

WILLIAN RODRIGO LAURACIO APAZA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LA VIGENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA
CONSULTA PREVIA ANTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEL SECTOR DE MINERÍA, DADOS CON ANTERIORIDAD A LA
LEY N° 29785

TESIS PRESENTADA POR:

Bach. WILLIAN RODRIGO LAURACIO APAZA

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

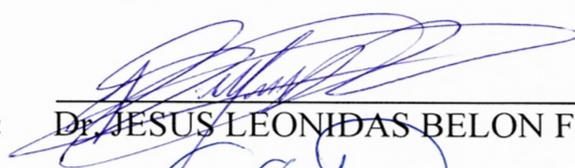
ABOGADO

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

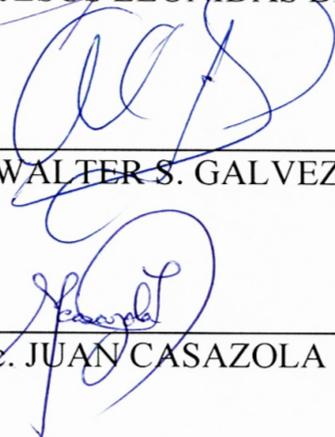
PRESIDENTE:


M.Sc. JOSE ALFREDO PINEDA GONZALES

PRIMER MIEMBRO:


Dr. JESUS LEONIDAS BELON FRISANCHO

SEGUNDO MIEMBRO: Dr. WALTER S. GALVEZ CONDORI


DIRECTOR / ASESOR: M.Sc. JUAN CASAZOLA CCAMA

ÁREA: Ciencias Sociales

LÍNEA: Derecho

SUB LÍNEA: Derecho Interdisciplinario

TEMA: Comunidades Indígenas y Nativas

Fecha de sustentación 30 de mayo del 2018.



Dedicatoria

A mis queridos padres
Hernán y Carmen Rosa,
y hermanos Mery,
Brayan y Bejhamin por
su constante aliento en la
búsqueda de mi
autorrealización.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	7
ABSTRACT.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1. Planteamiento del problema	9
1.2. Hipótesis de la investigación.....	10
a) Hipótesis general.....	10
b) Hipótesis específica.....	10
1.3. Objetivos de la investigación	11
a) Objetivo general	11
b) Objetivos específicos	11
II. REVISIÓN DE LITERATURA	12
Marco teórico	12
2.1. Glosario de términos:	12
2.2. Reseña histórica	14
2.3. Bases teóricas	15
2.3.1. La convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969	15
2.3.2. Reconocimiento del derecho a consulta por el Convenio N° 169 de la OIT	16
2.3.3. Los tratados internacionales y su rango en la Constitución Política del Perú	18

2.3.4.	La jerarquía de los tratados en materia de Derechos Humanos	19
2.3.5.	Los derechos implícitos en la Constitución Política	20
2.3.6.	Ley N° 26647 – Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano.	20
2.3.7.	Decreto Supremo N° 014 – 92 – EM - Ley General de Minería	21
2.3.8.	Ley N° 29785 - Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio 169 de la OIT	22
2.3.9.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú	22
2.3.10.	Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	22
2.3.11.	Doctrina y desarrollo jurisprudencial del derecho comparado	23
III.	METODOLOGÍA	24
a)	Método	24
b)	Técnica	25
c)	Universo y delimitación	25
d)	Estrategias de recolección de datos	26
IV.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	27
I.	TRATADOS, DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO PERUANO	27
1.1.	Los tratados de derechos humanos y su vinculatoriedad en el Perú	30
1.2.	La suscripción del Convenio 169 de la OIT por el Estado peruano	48

1.3. Vigencia y exigibilidad del Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú	49
II. ACTOS ADMINISTRATIVOS NO CONSULTADOS DEL SECTOR DE MINERÍA, DADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 29785 Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PERUANO	76
2.1. Actos administrativos del sector de minería en el Perú.....	76
2.2. Actos administrativos emitidos en el sector de minería hasta antes del 11 de agosto del 2011	83
2.3. Determinación de actos administrativos del sector de minería que debieron ser materia de consulta previa antes de Ley N° 29785.....	87
2.4. La susceptibilidad de afectación directa de las medidas administrativas en el Convenio 169 y los estándares comparados	99
2.5. Actos administrativos no consultados y sus efectos sociales y jurídicos ...	108
2.6. Responsabilidad del Estado Peruano.....	111
V. CONCLUSIONES.....	143
VI. RECOMENDACIONES.....	145
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ANEXO	146

RESUMEN

En esta investigación se analiza el problema que ha sido debatido por muchos años en el Perú sobre cuándo o desde qué momento es exigible y vigente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, el mismo que fue ratificado por el Perú en el año de 1994. Al mismo tiempo busca determinar los actos administrativos emitidos y no consultados en el sector de minería, que autorizó el desarrollo de proyectos mineros en territorio de estos pueblos y las consecuencias que trajo consigo. Esta investigación se hace en el periodo de 1995 a 2011; es decir, hasta antes de que se emitiera la Ley N° 29785. Para dar respuesta a los problemas de investigación se hace uso de la interpretación jurídica del ordenamiento jurídico interno e internacional.

Palabras claves:

Convenio N° 169 de la OIT, la consulta a pueblos indígenas, pueblo indígena, Derechos indígenas, tratado, acto administrativo, concesión minera, autorización de exploración y explotación.

ABSTRACT

This research analyzes the problem, which has been debated for many years in Peru, about when or from which moment the right to prior consultation of indigenous peoples is recognized and enforced, as validated in ILO Convention No. 169 and ratified by Peru in 1994. At the same time it seeks to determine the administrative acts issued that had not been previously consulted in the mining sector which authorized the development of mining projects in the territory of indigenous peoples and the consequences that it brought. This research is done in the period from 1995 to 2011; that is, until before Law No. 29785 was issued.

Keywords:

ILO Convention No. 169, consultation with indigenous peoples, indigenous people, indigenous rights, treaty, administrative act, mining concession, authorization for exploration and exploitation.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “LA VIGENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA ANTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL SECTOR DE MINERÍA, DADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 29785” plantea la indagación del problema de interpretación jurídica y aplicación que reviste al derecho a consulta de pueblos indígenas, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, en torno a si este derecho era vigente y exigible en nuestro país hasta antes de la emisión de la Ley N° 29785 – “LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)”, periodo que para muchos representa una de omisión legislativa.

En la actualidad existen distintas posturas jurídicas contrapuestas en la doctrina y en órganos jurisdiccionales respecto de la aplicación del derecho a la consulta previa. Para dar respuesta a estas discusiones se recurre a la interpretación jurídica de tratados internacionales, el Convenio N° 169 de la OIT, Constitución Política, sentencias nacionales e internacionales, entre otros instrumentos, buscando con ello poder determinar si era no vigente y exigible el derecho a consulta ante los actos administrativos del sector minero: concesiones mineras, autorizaciones de exploración y explotación, expedidos en el periodo de 1995 a 2011.

De la misma forma, determinar si el Estado peruano tiene alguna responsabilidad como consecuencia de la omisión legislativa y tardía implementación de este derecho en nuestro país; y, cuáles son los derechos de los pueblos indígenas que pudieron verse afectados con el desarrollo de proyectos mineros en su territorio; y en tal caso, cuáles son las medidas que se deben de desplegar para reparar integralmente los daños sufridos.

1.1. Planteamiento del problema

El Estado peruano el 26 de noviembre del año de 1994 incorpora al sistema jurídico nacional el Convenio N° 169 de la OIT mediante la Resolución Legislativa N° 26253, este tratado internacional reconoció entre otros derechos la “consulta” de los pueblos indígenas. Este tratado y sus disposiciones entraron en vigencia desde el 2 de febrero del año 1995. (*STC N° 00022 – 2009 - P/TC*, ff. 11 y 41).

Desde el periodo en que entra en vigor dicho tratado y hasta el 30 de agosto del 2011, fecha en la que el Estado peruano promulga la *Ley N° 29785 – Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio 169 de la OIT*, había transcurrido 16 años de una *omisión legislativa* de reglamentación. En este periodo, organismos estatales como el Ministerio de Energía y Minas y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico del Perú, emitieron actos administrativos: concesiones mineras, autorizaciones de exploración, explotación entre otros, para el desarrollo de actividades mineras que en muchos casos desplegaron sus efectos en los territorios de pueblos indígenas (Comunidades campesinas y comunidades nativas). (*Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2014.*).

Ante estos hechos, se presenta la problemática de, si el derecho a “consulta” de los pueblos indígenas es vigente y exigible desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, o esta depende de la fecha de promulgación de la Ley N° 20785. Para determinado sector social y juristas nacionales, este derecho es exigible desde el 2 de febrero de 1995; situación en la cual el Estado peruano habría vulnerado este derecho reiteradamente. (*Ruiz, J. 2013. Pág. 23*). Pero para otro sector, sobre todo el estatal, los actos de concesión minera no afectan directamente a los pueblos indígenas; y, la autorización de inicio de exploración y explotación dadas con anterioridad al 30 de agosto de 2011 no era pasibles de proceso de consulta debido a que no se contaba con una norma que la desarrollará. (*Contestación de Demanda por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET en el “Proceso Constitucional de Amparo – Expediente N° 00858 – 2010 – 0 – 2101 – JM – CI – 03”*. *Fundamento IV, Pág. 12.*), lo que comportaba que su implementación aun no era posible. En tal caso, aún queda pendiente la determinación de cuál ha sido la responsabilidad del Estado Peruano en la tardía implementación del derecho a consulta.

Estos hechos también han conllevado a que en la actualidad se presenten distintos conflictos sociales y sobre todo, conflictos legales que hoy en día se vienen litigando por medio de garantías constitucionales en el Departamento de Puno y en el Perú.

Por ello, con la presente investigación se busca aportar en el debate jurídico en torno al tiempo de la vigencia y exigibilidad del derecho de consulta, la responsabilidad del Estado y si algún (os) acto (s) administrativo (s) habría vulnerado este derecho.

1.2. Hipótesis de la investigación

a) Hipótesis general

- Dado que en el Perú se incorporó el Convenio N° 169 de la OIT al sistema jurídico nacional, se reconoce el derecho a consulta de los pueblos indígenas, haciéndola vigente y exigible desde el 2 de febrero de 1995, fecha en la que entra en vigor este tratado. Pero organismos estatales del sector de minería como el Ministerio de Energía y Minas o el Instituto Geológico Minero Metalúrgico del Perú no realizaron procedimientos de consulta previa al emitir actos administrativos de inicio de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas hasta emisión de la Ley N° 29785 en el año 2011. Por lo que es probable que el Estado Peruano tenga responsabilidad por el incumplimiento de este tratado y la afectación reiterada a los derechos de Pueblos Indígenas en el Perú reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

b) Hipótesis específica

- Los tratados en materia de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado peruano; debido a que, representan instrumentos internacionales que desarrollan preceptos de protección para las personas.
- El Convenio N° 169 de la OIT cumplió con los requisitos y el procedimiento de entrada en vigor, conforme a lo preceptuado por los artículos 55 y 56 de la Constitución Política. Por lo que tendría el carácter de vinculante.
- No era necesaria ni de obligatoriedad la Ley N° 29785 para hacer exigible (y aplicable) el derecho a consulta reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT; debido a que, el convenio es autoaplicativo en el sistema jurídico peruano.
- El Estado Peruano si tiene responsabilidad al no haber iniciado procedimientos de consulta durante los periodos de 1995 a 2011 en el sector minero, en específico al haber otorgado autorizaciones de exploración y explotación en territorio de pueblos indígenas.

- Los principales efectos sociales son los conflictos socio ambientales que se produjeron como consecuencia de actividades extractivas iniciadas en territorio indígena; y, legales que se produjeron son los procesos legales que pretenden impugnar los actos administrativos del sector mineros, dados en este periodo.

1.3. Objetivos de la investigación

a) Objetivo general

- Determinar si en el Perú era vigente y exigible el derecho a consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT antes de la dación de la Ley N° 29785.

b) Objetivos específicos

- Determinar la vinculatoriedad de los tratados en materia de Derechos Humanos para el Estado peruano.
- Determinar si el Convenio N° 169 de la OIT cumplió con los requisitos y procedimiento para la entrada en vigor.
- Determinar si era necesaria la Ley N° 29785 para hacer exigible y aplicable el Derecho a Consulta.
- Determinar qué responsabilidad tiene el estado peruano al no haber iniciado procedimientos de consulta durante los periodos de 1995 a 2011 en el sector minero.
- Determinar si los actos administrativos del sector minero dados con anterioridad a la Ley N° 29785 pueden ser consultados.
- Determinar los efectos sociales y legales que se produjeron como consecuencia de la no implementación del derecho a consulta durante el periodo 1995 a 2011.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

Marco teórico

2.1. Glosario de términos:

a. Convenio N° 169 de la OIT

El Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un instrumento internacional que establece los derechos de los pueblos indígenas y obliga a los Estados firmantes a su cumplimiento, como es el caso del Perú.

b. La consulta (a pueblos indígenas)

Benavente & Meza (2007) define este derecho fundamental como: “la consulta es el proceso por el cual los gobiernos consultan a pueblos indígenas y tribales sobre las distintas propuestas legislativas, medidas administrativas, propuestas de política y programas que les puedan afectar directamente, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento. Esta consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados”. (Pág. 85).

c. Pueblo indígena

Cóndor, E. & Aranda, M. (2010), definen: “los pueblos indígenas son aquellos grupos humanos que descienden de las sociedades que existían antes del inicio del período de colonización (en el caso de los países andinos, la colonización española) o de la creación de los actuales Estados republicanos”. (Pág. 10).

d. Derechos indígenas

Carhuatocto, H. (2013), en su tesis en su tesis “*Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*”, determina que el Convenio 169 de la OIT establece un conjunto de derechos indígenas que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos están los siguientes derechos. (Pág. 17):

- Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),

- Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2 y 4);
- Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);
- Consulta a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6);
- Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7);
- Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho (consuetudinario), instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);
- Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y
- protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);
- Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat (arts. 13 y 19); entre otros.

e. Territorio

Debemos entender el término territorio como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera. Esto concordante con el artículo 13 del convenio N° 169 de la OIT. (*Co-partes terre des hommes – Alemania. Mesa de Aprendizaje Mutuo. 2003. Pág. 15*)

f. Tratado

En la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados del 23 de Mayo de 1969 en su Parte I. 2. Términos empleados, apartado a) define al término tratado como: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación partículas”. (*Solaris, L. 2004. Pág. 78*).

g. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT es la institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo. Es la única agencia de las Naciones Unidas de carácter “tripartito” ya que representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores participan en conjunto en la elaboración de sus políticas y programas así como la promoción del trabajo decente para todos.

h. Acto administrativo

Gordillo, A. (2003). Define al acto administrativo: “Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.” (Pág. X-8).

i. Concesión minera

Conforme Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (artículo 9) entenderemos que la concesión minera es un acto administrativo que “otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrado, cuyos vértices están referidos a coordenadas transversal mercator (UTM)”.

j. Exploración y explotación

De la misma manera Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería en su artículo 8 define a la exploración como “la actividad minera tendiente a demostrar la dimensión, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos mineros”; y, a la explotación como “la actividad extracción de los minerales contenidos en un yacimiento”.

2.2. Reseña histórica

El Perú en su afán de crear los mecanismos de integración cultural reconoce por primera vez a las comunidades indígenas como sujeto colectivo de derechos en La Constitución de 1920 y esto se evidencia partir de la década de los sesenta con la reforma agraria reconociendo la existencia de la diversidad cultural indígena y consagrando así el respeto

de algunos derechos colectivos específicos como el derecho al idioma, el derecho a la tierra, a los recursos naturales y parcialmente a la justicia nativa con el objetivo de integrar a los indígenas a la sociedad nacional y al Estado. (*Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 66. 2009. Pág. 25*).

No obstante, el gran avance que ello involucra a nivel jurídico no supone el cambio del modelo de estado Nación, es por ello que recién en la década de los noventa se cambia dicha matriz logrando el reconocimiento constitucional, del carácter pluricultural de la nación.

En la Constitución de 1993 se logra la aceptación de constitucional de las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas), adicionando a ello la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 05 de diciembre de 1993 y ratificado el 17 de enero de 1994. En el año 2011 se da un gran paso en materia de pueblos indígenas; pues el 30 de agosto de este año se aprueba la Ley N° 29785 – Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. (*Ruiz, J. 2012. Pág. 47*).

2.3. Bases teóricas

2.3.1. La convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969

Este instrumento del derecho internacional sirve de base interpretativa para todos los tratados, sobre todo aquellos que versan en materia de Derechos Humanos. Tratado que preceptúa la obligatoriedad del cumplimiento de estos instrumentos internacionales en base a los principios del derecho internacional (*Pacta sunt servanda y buena fe de los tratados*). Fijando los parámetros de interpretación de todo tratado internacional que celebren los estados a partir de 1969.

Regulándose situaciones como la adopción de un tratado, preceptuado en su punto 9 de la Parte II, Sección Primera: “[...]. 2. *La adopción de un texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados Presentes y Votantes, a menos que esos Estados decidan por igual y mayoría aplicable una regla diferente*”.

O la entrada en vigor de los tratados, artículos 24, “1. *Un tratado entra en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.* [...]”.

Bidart, G. (1997) concretiza diciendo: “La exigibilidad y vigencia de un tratado comienza a partir de su ratificación, y no antes, significa que la obligación internacional se asume en ese momento y que en él se consuma asimismo la incorporación del tratado al derecho interno”. (Pág. 402).

Principios internacionales: Pacta sunt servanda y buena fe de los tratados

La importancia que reviste a este principio del derecho de los tratados es de suma importancia; debido a que delimita la obligatoriedad de cumplimiento de los tratados para un país que es parte en ella. Para ello, compartimos lo planteando por el publicista *Méndez, R. (1983)*.

[...]. De los principios que rigen la mecánica jurídica de los tratados, el más importante es la norma de *pacta “sunt servanda”* que prescribe la obligatoriedad de los pactos. Este principio puede equipararse al enunciado del derecho interno de que los pactos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos.

Se ha fijado esta norma como el postulado nutricional que alimenta [...] todo el sistema jurídico. Debe aclararse que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado por considerar como parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*, el cumplimiento de *buena fe* de las obligaciones. La buena fe en el cumplimiento de los tratados rige también en la interpretación de los tratados donde es una de las reglas primarias. (Pág. 94.)

2.3.2. Reconocimiento del derecho a consulta por el Convenio N° 169 de la OIT

Como se mencionó con anterioridad, este tratado internacional fue ratificado por el estado peruano en el año de 1994 y entra en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995 en el Perú. Esta norma general en sus artículos 6, 7 y 15 establece las pautas generales de la consulta. (*Ruiz, J. 2012. Pág. 68*).

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;

[...]

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

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.

[...]

Artículo 15

[...].

1. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de

prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Para entender la importancia que reviste al derecho a Consulta de los Pueblos Indígenas es necesario concebir que este derecho constituye una de las piedras angulares del Convenio N° 169 de la OIT, tal y como lo precisa la Organización Internacional del Trabajo (*Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra 1989. 2013*).

¿Por qué la consulta con los pueblos indígenas requiere de atención especial?

Los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que el resto de la ciudadanía de participar en la vida democrática general del Estado y de votar en dichos procesos. Asimismo, los Estados tienen la obligación de realizar consultas específicas y de garantizar la participación de los pueblos indígenas, siempre que se consideren medidas que los afecten directamente. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas tengan derechos especiales, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático. La naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de salvaguardar sus culturas y modos de sustento son parte de los motivos por los cuales los gobiernos deben adoptar medidas especiales para su consulta y participación cuando se adoptan decisiones. (*Pág. 14.*)

2.3.3. Los tratados internacionales y su rango en la Constitución Política del Perú

A partir de la conclusión de la segunda guerra mundial se hizo necesaria la creación de instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos, con el fin de que los Estados puedan incorporarlos para garantizar tal protección. Creándose procedimientos para la

celebración de los tratados y la incorporación en determinado país. (García, V. 2007).

Los tratados, sobre todo aquellos en materia de Derechos Humanos, son considerados como una fuente del derecho Constitucional y garantizan la protección de la dignidad humana.

El Perú se ha mantenido a la par con el desarrollo del derecho internacional público, preceptuando en la Constitución Política en su Capítulo II – De los Tratados, artículo 55:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Y adicionalmente preceptúa en el artículo 56:

Los tratados aprobados por el congreso

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.

[...].

2.3.4. La jerarquía de los tratados en materia de Derechos Humanos

Novak, T. (2013) en “La Constitución Comentada”, considera que (...). En nuestra actual constitución existe una omisión en torno a la jerarquía que ostentan los tratados en materia de Derechos Humanos en nuestro sistema jurídico; pero, “a través de la interpretación de otras disposiciones de nuestro Texto Constitucional, es posible mantener el principio consagrado en la constitución derogada. En efecto, en virtud de los artículos 2 y 3 de la actual Constitución peruana podemos lograr establecer sin mayor dificultad que las normas sobre derechos humanos contenidos en los tratados siguen teniendo rango constitucional”. (Tomo I. Pág. 1037.).

2.3.5. Los derechos implícitos en la Constitución Política

El artículo 3 de la Constitución representa lo que en el Derecho Comparado se ha venido en denominar cláusula de los “derechos no enumerados”. (Carpio, E. 1997) agrega: “aparte de los derechos que la constitución enumera y de los que sin estar enumerados cabe tener en cuenta todo el repertorio de los derechos que se denominan “derechos implícitos”; [...] a tenor de las siguientes pautas y conforme a las siguientes pautas: a) las que proporciona el deber de ser ideal del valor *justicia*, o derecho natural (pauta dikelógica); b) las que proporciona la *ideología de la constitución* que, acogiendo la pauta dikelógica, organiza la forma democrática de nuestro estado respetando la dignidad de la persona, su libertad y sus derechos fundamentales (pauta ideológica, valores y principios fundamentales que contiene el orden de normas constitucionales); [...]; *d) las que proporcionan los tratados internacionales sobre derechos humanos.* (Pág. 101)

Artículo 3 de la Constitución Política

Los derechos no enumerados

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

2.3.6. Ley N° 26647 – Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano.

Esta Ley establece el procedimiento pen el Perú para alcanzar el perfeccionamiento de un tratado.

Artículo 2°.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la

República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

[...].

Artículo 3°.- *Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.*

La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular.

Aunándonos a lo esbozado por el jurista *Rubio, M. (1999)*: “puede anotarse, de la enumeración de elementos correspondientes al contenido de la Ley, que se sigue en un proceso sucesivo que va desde la aprobación interna de los tratados y su publicación, hasta su incorporación al Derecho nacional. [...]”. Lo que implica propiamente en procedimiento para considerar cuando un tratado se encuentra en vigor en nuestro ordenamiento jurídico. (*Tomo III. Pág. 154*).

Y cuando se está ante un tratado en materia de Derechos Humanos, que se fundan en la dignidad, [...] los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, declaraciones o tratados y en este último caso, hayan o no sido ratificados por el Perú, pueden ser considerados derechos constitucionales protegidos por las garantías constitucionales.

En este caso hay un claro monismo: por el hecho de existir, esos derechos forman parte del Derecho Peruano. No hace falta norma jurídica interna alguna para que ello suceda: serán invocados y, de cumplir los requisitos, deberán de quedar amparados. (*Ídem, Pág. 162*).

2.3.7. Decreto Supremo N° 014 – 92 – EM - Ley General de Minería

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM, tiene por objeto regular todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo y consagra los principios rectores para realizar esta actividad.

En el marco de esta norma se ha expedido y se vienen expidiendo concesiones mineras, autorizaciones de inicio de exploración y explotación de recursos en el territorio peruano y en territorio de pueblos indígenas.

2.3.8. Ley N° 29785 - Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio 169 de la OIT

Esta norma regula el derecho a consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Corresponde analizar en esta norma si el derecho a consulta es vigente antes de su dación.

2.3.9. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

Para la presente investigación se harán uso de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de pueblos indígenas y tratados internacionales para la interpretación del problema planteado; las cuales son:

- Exp. N° 06316 – 2008 – PA/TC
- Exp. N° 00022 – 2009 – PI/TC
- Exp. N° 00033 – 2005 – PI/TC
- Exp. N° 03343 – 2007 – PA/TC
- Exp. N° 05427 – 2009 – AC/TC
- Exp. N° 00025 – 2009 – PI/TC

2.3.10. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas serán utilizadas para la interpretación y análisis en la presente investigación. Estas son:

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam
- Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador

2.3.11. Doctrina y desarrollo jurisprudencial del derecho comparado

En Latinoamérica son varios o la mayoría de los países que han aprobado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en el caso de la planificación de medidas que son susceptibles a afectar a estos pueblos directamente. Esta normativa internacional ya se ha plasmado en el marco legal nacional de varios países de la región. A pesar de eso, numerosos conflictos, algunos de ellos violentos, en torno al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en los países de la región, demuestran que la aplicación del derecho en la práctica todavía enfrenta grandes dificultades. [...].

Según la normativa internacional, es responsabilidad y deber de los Estados diseñar, organizar y llevar a cabo los procesos de consulta previa. En muchos casos, carece de voluntad política de crear las condiciones para que los pueblos indígenas puedan participar de manera informada en estos procesos para entrar en un diálogo y contribuir a la toma de decisiones que beneficien a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, algunos gobiernos ya han internalizado que la realización de procesos transparentes de la consulta previa, libre e informada puede ser una importante medida para garantizar la paz social. (*Ameller, V. & Chávez, D. y otros. 2008. Pág. 9 y sig.*).

Para tal análisis de doctrina, desarrollo normativo y jurisprudencia comparada se tendrá como referencia a los países de Bolivia, Colombia y Ecuador.

III. METODOLOGÍA

a) Método

En la presente investigación se hará uso del método de INTERPRETACIÓN JURÍDICA; pues se buscare identificar determinados actos legales y su relación con derechos de los pueblos indígenas, buscando explicarlos y determinar los factores que hacen que se vulnere derechos.

Gabriel Donayre Lobo en su publicación virtual “*La Interpretación Jurídica: Propuestas Para su Aplicación en el Derecho Tributario*” en la revista virtual de la Pontificia Universidad Católica del Perú (puede ser consultada en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12569/13127>), hace una conceptualización del método del interpretación, la cual compartimos.

4.1 Criterios generales de interpretación

Con relación a los criterios generales de interpretación, Rubio Correa señala que: “Cada intérprete elabora su propio marco global de interpretación jurídica, asumiendo uno o más criterios con ponderaciones distintas y, por lo tanto, cada intérprete se pone en un punto de partida y se traza una dirección interpretativa que es distinta a la de cualquier otro intérprete. (...) El intérprete puede asumir entonces diversos puntos de partida y diversos itinerarios para realizar su labor de interpretación”.

Para el citado autor, tales criterios son los siguientes: tecnicista, axiológico, teleológico y sociológico. A continuación expondremos las características de cada uno de estos criterios.

“De acuerdo al criterio tecnicista, el intérprete asume que la tarea de interpretación consiste en desentrañar el significado de una norma jurídica a partir del Derecho mismo, sin intervención de elementos extraños a lo técnicamente legal. Los medios de los que se valdrá el intérprete serán la literalidad de la norma, su ratio legis, sus antecedentes jurídicos, su sistemática, inclusive su dogmática”.

Con relación al criterio axiológico, Rubio Correa indica que: “De acuerdo al criterio axiológico, el intérprete asume que la tarea de interpretación consiste en adecuar el resultado, en la medida de lo posible, a ciertos valores que deben imperar en la aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, entre una solución que perjudique la libertad y otra que la favorezca, preferirá la segunda; entre la solución justa y la injusta se inclinará por la primera y así sucesivamente”.

Como vemos, a diferencia del criterio tecnicista, el criterio axiológico recurre a elementos extraños al propio texto normativo. Así, será el intérprete quien elija los valores que utilizará al momento de realizar su actividad interpretativa, a efectos que los resultados de dicha actividad sean congruentes con tales valores. Respecto al criterio teleológico, Rubio Correa manifiesta que: “Según el criterio teleológico, el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible, se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. Este criterio supone, naturalmente, que el propio intérprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el Derecho, o que en todo caso dicha predeterminación haya sido realizada por la persona o autoridad que se la impone. Los fines que puede imponerse al intérprete son de los más variados y aplicables en distintos campos del Derecho.

b) Técnica

Las principales técnicas que utilizarán en la investigación son:

- Análisis documental
- Exégesis

c) Universo y delimitación

La investigación se encuentra circunscrita geográficamente en el Perú, ya que se hace un análisis la Normatividad Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, es decir por el sistema jurídico peruano.

d) Estrategias de recolección de datos

- Fichas bibliográficas: Instrumento físico documental utilizado para recoger información relevante de documentos bibliográficos utilizados en la presente investigación.
- Fichas de análisis de sentencias: Instrumento físico documental ultimado en proceso de revisión y análisis de sentencias de cortes nacionales y supranacionales, relaciones al tema de la presente investigación.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

I. TRATADOS, DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO PERUANO

Empezaremos este capítulo haciendo una reafirmación social y jurídica de nuestra diversidad cultural y étnica como país; constituido por diversos grupos culturales y étnicos ubicados en las diferentes zonas de la costa, sierra y selva, con un pasado histórico que incluso se remonta con anterioridad a la constitución del actual Estado Peruano.

Lamentablemente es difícil tener certeza de quienes y cuantos son estos pueblos, indígenas u originarios, que integran el Perú; debido a que, no se cuenta con una información estadística oficial reciente y una política que ayude a recabar esta y otras informaciones, tal y como la Defensoría del Pueblo concluye en el *INFORME N° 002-2014-DP/AMASPP-PI – “ANÁLISIS SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE RECONOCIMIENTO Y TITULACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS”*.

Pero se calcula que abrían un aproximado de 1345 comunidades nativas y 5818 comunidades campesinas; de la misma forma no se tiene un dato exacto o aproximado de las comunidades en aislamiento voluntario o contacto inicial.

Para muchos juristas esta realidad socio cultural del Perú, trae consigo efectos jurídicos, como es natural, influenciando el sistema jurídico peruano, concibiéndose como un “*sistema jurídico pluralista*” o aplicando “*interpretaciones interculturales*”. Posturas que bien fueron desarrolladas y reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en el *Expediente N° 00022-2009-PI/TC*, en su apartado “*I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico*”, considerando que:

“Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las

singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicado. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.

En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. Es relevante mencionar también que el artículo

191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas –término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (Weltanschauung)”.

Más recientemente estas formas de interpretación también fueron usadas en la resolución de casos legales, como por ejemplo el hecho por la *Sala Penal de Apelaciones Transitorias y Liquidadora de Bagua, en el expediente N° 00194-2009 [0163-2013], conocido como el caso “Bagua”*. Este tribunal como parte de sus argumentos incorpora otros nuevos conceptos de interpretación, el “pluralismo jurídico”, como un nuevo concepto del derecho moderno desplegado de la diversidad cultural de un país. Para este tribunal el pluralismo jurídico se entiende de la siguiente manera, en su *Capítulo III – el pluralismo cultural y jurídico, 1.- La Constitución Política y el pluralismo jurídico*:

“El Perú, constitucionalmente se define como pluricultural y multiétnico y reconoce el derecho a la identidad étnica, a través de su artículo 2do, Inciso 19°. Complementa tal caracterización con el artículo 149° del mismo cuerpo, reconociendo a las autoridades originarias tiene funciones jurisdiccionales de acuerdo al uso y costumbres, en el marco del irrestricto respeto de a los derechos humanos. El carácter pluricultural y multiétnico como característica del componente nacional, privilegia la cultura y su diversidad como componente: una de las características culturales es la lengua.[...].

Esta conceptualización legal es parte del enfoque moderno que da importancia a la cultura como elemento sustancial para la comprensión del derecho como un fenómeno social. Se entiende al derecho como parte del fenómeno cultural y no como un conjunto de prescripciones reglas de conductas particulares. [...].

Claramente las sociedades actuales al presentar creciente complejidad, buscan explicar los conflictos de las diversas sociedades en términos culturales. De allí que se acude al pluralismo jurídico, como una de las formas interpretativas, que paradójicamente contradice el hecho de que el poder político necesita de grados de homogeneidad para su adecuada configuración”.

Podemos concluir, preliminarmente, que es innegable nuestra diversidad social y cultural como nación; es decir que, el Perú tiene una pluralidad cultural y étnica. Lamentablemente aún no tenemos precisión de cuantos pueblos indígenas la integran, pero ese hecho no ha sido una limitante para reconocer esta pluralidad, de forma explícita en nuestra Constitución Política y por los tribunales nacionales.

Esta sería una de las razones por la cuales a la actualidad el Estado peruano también ha ratificado e incorporado diversas normas internacionales (tratados) en materia de pueblos indígenas al sistema jurídico nacional, reconociendo derechos y asumiendo obligaciones ante la comunidad internacional.

1.1. Los tratados de derechos humanos y su vinculatoriedad en el Perú

1.1.1. Introducción

Es innegable que en la actualidad el derecho internacional de derechos humanos tiene gran influencia en los sistemas jurídicos internos de los distintos países; esto debido a sucesos históricos como el de la segunda guerra mundial, que marcaron una tendencia en la comunidad internacional de crear mecanismos e instrumentos internacionales para promover y proteger los derechos humanos, en especial los derechos de aquellos *grupos especialmente vulnerables en nuestra sociedad como los niños, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidades y pueblos indígenas*. Como bien lo explican *Martín, C. / Rodríguez-Pinzón, D./ Guevara, J. en el libro (2006):*

“La comunidad internacional, al concluir la segunda guerra mundial (en adelante “SGM”), inició el laborioso proceso de diseño, conformación, aprobación y puesta en marcha de un número considerable de instrumentos y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos. En principio, el objetivo de ellos eran enunciar y promover los derechos humanos internacionalmente aceptados; sin embargo, las pretensiones evolucionaron para que la comunidad internacional tuviera facultades para vigilar y exigir su cumplimiento”. (Pág., 09).

Un clara muestra de esta tendencia de crear instrumentos y organismo internacionales es la Organización de las Naciones Unidas – ONU, creada en el año de 1945, organismo internacional en el que los Estados emitieron como primer acto internacional la “Carta de

la ONU” que reconoció por primera vez los derechos humanos, aprobado en el año 1948. Posteriormente también se aprueban otros instrumentos y normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entre otros. Como vemos la comunidad internacional ha orientado su labor en crear mecanismo para proteger los derechos humanos.

Para entender en toda su amplitud a los tratados internacionales como parte de derecho internacional de los derechos humanos, no debemos de dejar de lado las fuentes de este sistema, como lo reconoce el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, en su artículo 38.1, el cual a la letra dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.*
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.*
- c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.*

Estas fuentes del derecho internacional son también las fuentes de regulación e interpretación de cada uno de los derechos humanos individuales y colectivos. A esta forma de entender las fuentes de un derecho humanos en forma conjunta se le denomina el “*corpus juris de los derechos humanos*” y como bien señala la Organización de Naciones Unidas en su publicación el “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano*”, este concepto debe ser entendido como:

El Corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos está conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos varios (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). [...] el corpus juris de los derechos [...] está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben

interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa. (Organización de Naciones Unidas, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano”. (Pág. 55 y 56).

Para la presente investigación, nos interesa ahondar con mayor amplitud en los tratados como fuente y obligación en materia de derechos humanos, con especial atención en la protección de los grupos vulnerables entre ellos los pueblo indígenas, en el derecho internacional de los derechos humanos.

Como dice *Thomsom J.* (2014):

“Todos los derechos inherentes a las personas, así como las oportunidades para desarrollarse como tales, deben y estar siempre en condiciones de igualdad. No Puede discriminarse a una persona o a un grupo de personas en razón de su condición étnica, de género, por edad o por su preferencia sexual. Ello responde al principio fundamental de igualdad ante la ley. [...].

Esto conduce a la utilización del criterio de “diferenciación”, es decir, el otorgar un trato diferente a personas que se encuentran en una situación particular. Por ello, el concepto de igualdad no es un término uniforme y vacío, de aplicación automática, sino que requiere de un constante juicio de justeza por ser un concepto dinámico debido a que los hechos y fenómenos sociales no son patrones de un solo estándar”.

Más adelante concluye:

“El principio de igualdad, al no ser absoluto, requiere de ese tipo de relativización. La manera de lograrlo es mediante lo que se conoce como “acción afirmativa” (positive action), que no es otra cosa que generar mayores oportunidades a personas y colectividades que no disfruten del mismo nivel de ventajas que el común denominador de las personas. [...], requieren de un trato equitativo para compensar esa desventaja, de manera temporal.

La manera de proyectar la acción afirmativa es mediante leyes que promuevan la igualdad y equidad de esos grupos (conocidas como leyes de igualdad real), acompañadas de políticas públicas, planes o programas dirigidas a la sociedad civil para sensibilizar sobre la realidad discriminatoria que, por razones o

patrones históricos, ha estado incrustada en la cultura de los países”. (José Thomsom J, “Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con Enfoque Diferenciado”. (Pág. 21 y 22).

No cabe duda que el Perú no ha sido ajeno a las influencias del derecho internacional, entre ellos en el campo de los pueblos indígenas, que son un grupo poblacional importante en nuestro país; quienes a través de nuestra historia han sufridos desmedro en sus derechos y convivido en una sociedad con un alto grado de discriminación. Situación que ha hecho necesaria la emisión normas y políticas a nivel interno y la adopción de normas internacionales para sopesar esas problemáticas.

1.1.2. Definición de tratado:

Para Solari, L. (2004) se define al tratado como:

“El tratado en si no es más que un acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales que expresan fundamentalmente el Pacta Sunt Servanda, que no es otra cosa que la obligación de cumplir un compromiso”. (Luis Solaris Tudela, “Derechos Internacional Público”. (Pág. 39).

Pero para Novak, F. & García-Corrochano, L. (2001) existen diversas definiciones de un tratado con elementos diversos; para ellos una definición común a todas, la que compartimos, podría ser la siguiente:

“[...]. Así, el tratado puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, con capacidad para concertarlo, celebrado en forma verbal o escrita, regido por el Derecho Internacional y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento”. (Pág. 133).

Definido el tratado, ahora nos toca ocuparnos sobre, qué instrumentos o documentos se le denomina “tratado”, pues ha surgido algunas discrepancias sobre ellos pero que ya la Convención de Viena de 1969 – “Convención sobre Derechos de los Tratado” ha logrado aclarar. Está en su artículo 2 establece una definición integradora:

2. *Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:*

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular:

Esta definición de tratado y los acuerdos que son reconocidos como tales hechos por la Convención de Viena, recoge una tendencia moderna de publicistas; sobre todo que los acuerdos internacionales tendrán la denominación de "tratado". Como se desprende de la última parte del párrafo, los tratados abarcan las denominaciones como: declaraciones, convenios, pacto, carta, protocolo, acuerdos entre otros, siempre y cuando hayan sido acuerdos intencionales.

Pero no todos los tratados tendrán la misma fuerza de vinculatoriedad, algunos tratados tendrán la condición de "hard law" o "soft law" dependiendo de la naturaleza de cada tratado. Las normas del derecho internacional con la condición de "hard law" serán aquellas que conlleven una obligación internacional que debe cumplir cada Estado, el cual fue asumido de buena fe (principio de *Pacta Sunt Servanda*); en cambio las normas internacionales "soft law" serán más bien principios y recomendaciones de buenas prácticas que pueden estar en documentos por organismos especializados en derechos humanos o instrumentos.

1.1.3. Los tratados en la Constitución Política del Perú

Volvemos a recordar que nuestro país no ha sido ajeno al desarrollo e influencia del derecho internacional público, sobre todo en materia de derechos humanos; razón por la cual en nuestra Constitución Política de 1993 se incorporó un capítulo especial referido a los tratados. En el capítulo II – De los Tratados nuestra Constitución Política desarrolla

el contenido de los tratados, la forma incorporación al derecho interno, las obligaciones de nuestro país y los órganos estatales competentes. Este capítulo de la Constitución será materia de análisis en este aparatado.

Ya hemos logrado esbozar la definición de un tratado; ahora nos toca ver cuál es el procedimiento para la incorporación de un tratado a nuestro sistema jurídico.

a) Recepción de un tratado al derecho interno peruano

Antes de empezar a detallar el procedimiento regulado para la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico peruano, por la Constitución Política y la *Ley N° 26647- "Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano"*; cabe hacer un recuento sobre las teorías en la doctrina.

Desde el derecho internacional se han planteado dos teorías que sustentan las formas de recepción de tratados al derecho interno. En primer lugar existe el planteamiento de las *"teoría dualista y monista"*. Para Marcial Rubio Correa, citando a Rousseau, estas dos pueden ser entendidas de la siguiente manera:

"Según Rousseau, la concepción dualista, considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden jamás. Según esta teoría, agrega este autor, no puede haber, en ninguno de los dos sistemas, una norma obligatoria que emane del otro [...], para ser válida en el derecho interno, una norma de derecho internacional debe transformarse previamente en regla de derecho interno y no vale sino como tal. [...]."

Por su parte, las teorías monistas sostienen:

Los monistas rechazan la separación radical entre derecho internacional y derecho interno postulada por los dualistas, afirmando que ambos aspectos del derecho se entrelazan y forman dos componentes o aspectos de un ordenamiento jurídico único. Existen interpretaciones distintas sobre la naturaleza exacta de la relación entre derecho internacional y el interno dentro de este marco único, pero la mayoría de los autores modernos reconocen alguna forma de prevalencia o superioridad del derecho internacional.” (Subrayado nuestro).

La interrogante que se nos plantea de inmediato es, cuál de estas dos teorías asume nuestro sistema jurídico peruano; el mismo ha sido aclarado por el máximo intérprete de nuestra constitución. El Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 03343-2007-PA/TC en su fundamento 31 establece que:

“31. Previamente, debe destacarse que, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por lo tanto, tales tratados constituyen parámetros de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. (STC N° 047-2004-AI/TC, fundamento 22). Así mismo, este tribunal ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional. (STC N° 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). (Subrayado nuestro).

Entonces podemos concluir que, nuestro ordenamiento adopta una postura *monista*; ya que, se considera a los tratados como parte de nuestro derecho interno concordante con el artículo 55 de la Constitución Política.

De otro lado, para *Fabián Novak Talavera* existen otras tres formas de recepción o incorporación de los tratados en el derecho interno, esto conforme a la práctica de los Estados:

- i) *Sistema de recepción automática:* *Este sistema supone “la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente”.*
- ii) *Sistema de recepción formal:* *En este caso los ordenamientos internos exigen que la incorporación se produzca mediante una ley interna de transformación, a través de la aprobación por el Legislativo de una norma que ordene su cumplimiento en el derecho interno o, mediante la publicación del tratado como un acto equivalente a su promulgación.*
- iii) *Ausencia de regulación expresa:* *En algunos sistemas constitucionales no existe una referencia expresa en relación a la incorporación de los tratados al derecho interno. En estos casos abra que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es necesario o no un acto formal de incorporación. (Fabián Novak Talavera, “La Constitución Comentada” Tomo I. Pag, 1031 a 1033, Gaceta Jurídica, Lima, 2013)*

Tomando las conclusiones de este autor, el ordenamiento interno del Perú opta por la aplicación inmediata de los tratados en nuestro derecho interno; es decir, que las normas

internacionales no requieren de una ley o acto adicional más que su ratificación y vigor de acuerdo a sus disposiciones.

Esta misma postura ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1277-1999-AC/TC, fundamento 7:

“Es un hecho inobjetable [...], que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y en el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen un valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos”. (STC N° 1277-1999-AC/TC, fundamento 7).

“A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no por que se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55 de la Constitución lo dispone [...]. Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado”. (STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamentos 21 y 22).

Como vemos en estas sentencias nuestro Tribunal Constitucional opta por el sistema de aplicación inmediata, que también coincide con el planteamiento *monista*, de los tratados internacionales y la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

b) Procedimiento de incorporación de un tratado

Nuestra Constitución Política en sus artículo 56 y 57 y la Ley N° 26647- “*Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano*” regulan el procedimiento de incorporación de tratados a nuestro derecho interno.

Aprobación de un tratado

En nuestro ordenamiento jurídico se distinguen dos formas de aprobación de tratados, una que tiene un *procedimiento complejo* que está en estrecha relación con la potestad legislativa; y un *procedimiento sencillo* que tiene relación con la potestad ejecutiva. Entonces pasamos a abordar estos dos procedimientos:

1. Procedimiento complejo

Este procedimiento establece que el ejecutivo o el representante del Estado peruano, pueden ser partícipe de un proceso de negociación de un tratado e incluso puede suscribirlo de forma preliminar; pero la ratificación del tratado está sujeta a la aprobación del Congreso de la República.

Como bien lo dice Solaris, L. (2004):

“La ratificación.- es el último proceso en la conclusión de un tratado. Por lo general las disposiciones internas de los países obligan a que la Asamblea Legislativa apruebe los tratados y solo después de esta aprobación el Ejecutivo puede ratificarlo. Posteriormente se produce el canje de ratificaciones, si el tratado es suscrito entre dos estados, o al depósito del instrumento de ratificación, si se trata de un tratado

multilateral donde un Estado o un Organismo Internacional pueden ser depositarios.

Muchas constituciones establecen en su constitución algunas condiciones para la ratificación, la más común es la aprobación parlamentaria. La exigencia de la previa aprobación parlamentaria a la ratificación se da en razón de la materia que regula el tratado, llámese a este Acuerdo, Convenio, Protocolo, Canje de Notas, etc”. (Pág. 44)

Al respecto el *Artículo 56* de la Constitución Política indica en que supuestos (materia) los tratados requiere aprobación previa del Congreso de la República, antes de ser ratificados:

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- 1. Derechos Humanos.*
- 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.*
- 3. Defensa Nacional.*
- 4. Obligaciones financieras del Estado.*

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Al igual que el artículo 2 en su primer párrafo de la *Ley N° 26647- “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”* que preceptúa lo siguiente:

“La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.”

En palabras del maestro Rubio, M. (1999) debemos entender estos artículos de la siguiente manera:

“Si leemos el artículo 55 de la Constitución, nos damos cuenta que las materias reservadas al Congreso en relación a los tratados, son precisamente las que tienen que ver con las normas legislativas de rango de ley que es, precisamente, el conjunto de disposiciones que deben dictarse con ejercicio de la potestad legislativa. No hay que olvidar la primera parte de la cita que hemos transcrito para abrir la discusión de este punto. Dice: “[...], cabría recordar que la aprobación previa del Congreso tiene por objeto comprobar la compatibilidad y concordancia del tratado con los compromisos internacionales contraídos con anterioridad por el país y con la legislación interna del Estado”. Al hablar de la legislación interna, no nos estamos refiriendo obviamente a los decretos y resoluciones que emiten el Poder Ejecutivo y otros órganos de la administración, sino precisamente a las normas con rango de ley.

Está claro, entonces que el Congreso aprueba los tratados que caen en el ámbito de aprobación con potestad legislativa. Es obvio, por consiguiente, que al aprobarlos está ejercitando dicha potestad. Es decir, al aprobar un tratado mediante resolución legislativa se está utilizando la potestad legislativa. (Pág. 157).

2. Procedimiento sencillo

La segunda forma de aprobación de tratados es de un *procedimiento sencillo* o corto; pues al momento de la negociación de un tratado puede ser ratificado de forma inmediata por el Ejecutivo o representante del país; ya que, no requiere una previa aprobación del Legislativo.

Tal y como lo dispone el artículo 57 de la Constitución:

Artículo 57.- Tratados Ejecutivos

El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

Y el artículo 2, segundo párrafo, de la Ley N° 26647- “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano” establece que el procedimiento sencillo se produce:

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57° de la Constitución.

Para interpretar estas normas volvemos a citar al maestro Marcial Rubio Correa, que escribe:

“Cuando la aprobación de los tratados corresponde la Presidente de la República, dice el artículo 57 que este magistrado lo celebra o lo ratifica y la ley 26647 establece que debe hacerlo también por Decreto Supremo que es la norma legislativa de mayor rango jerárquico que dicta el Presidente de la República, es verdad, en ese ejercicio de la potestad ejecutiva. No cabe duda, entonces, que también la aprobación que dé el Presidente de la República incorpora con norma legislativa interna el tratado”. (Marcial Rubio Correa, “Estudios de la Constitución Política de 1993”, Pág. 160 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999).

c) Rango de los tratados en el ordenamiento peruano

Hay que señalar que nuestra Constitución y otras normas son genéricas al tratar el tema de los tratados; no señalando cuales son los tipo de tratado y el rango que tienen esta al momento de ser incorporados en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que si queda claro es el rango que tienen los tratados en materia de derechos humanos; pero cuál es el rango de los otros tratados de materia distinta como en materia tributaria u otro. Para esbozar algunas respuestas citamos al maestro *Marcial Rubio Correa*, que logra establecer tres rangos de tratados a partir de la interpretación del *Capítulo de Tratados de la Constitución Política*:

“El nudo de todo este problema es, como aparece evidente, la instancia de aprobación pues el órgano del Estado que intervenga, dará rango a las normas contenidas en el tratado y generará los requisitos para la denuncia.

El capítulo que tratamos genera, así, tres rangos:

- *El constitucional que se produce cuando el tratado afecta disposiciones constitucionales. En tal caso, para su aprobación debe utilizarse el procedimiento de reforma de la Constitución contenido en el artículo 206 (la norma se halla en el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución).*
- *El rango de ley, que se produce en los casos en que los tratados deben ser aprobados por el Congreso en ejercicio de su potestad legislativa. La normativa se halla contenida en el artículo 56 de la Constitución.*
- *El rango de norma administrativa, que es caso de los tratados que puede aprobar por sí mismo el Presidente de la República dando cuenta al Congreso. La potestad del Presidente es ejecutiva y, por consiguiente, las normas de los tratados así aprobados pasan al rango correspondiente (artículo 57, primer párrafo de la Constitución. Sin embargo, la Ley 26435 ha dicho que los tratados son impugnables mediante acción de inconstitucionalidad de las leyes). [...]*

Hay que señalar que estos criterios provienen de la interpretación que hacemos del conjunto de las normas de este capítulo, aun cuando en los textos mismo los asuntos no quedan tan claros. En este sentido,

consideramos que existe un defecto de técnica legislativa que debiera ser solucionado con una sistemática distinta a la elegida: la Constitución regula el tema según sus consideraciones sobre quién y cómo debe aprobar los diversos posibles tratados. [...]. (Subrayado nuestro).

Dilucidados estos puntos sobre cómo se incorporan y cuál es el rango que tendrán los tratados al momento de incorporarse en nuestro ordenamiento; es imprescindible ahondar y aclarar la vinculatoriedad de los tratados en materia de derechos humanos como último punto en este capítulo.

d) Los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano

A lo largo del siglo XX, periodo en el que se consagra el planteamiento del constitucionalismo y neoconstitucionalismo, la comunidad internacional y los Estados identificaron la necesidad de iniciar acciones para la protección de la paz, la libre determinación de los pueblos; al igual que el reconocimiento, defensa y promoción de los derechos humanos, plasmándose estas preocupaciones en acciones como la emisión de normas internacionales, la creación de organismos internacionales y jurisdicciones supra nacionales a nivel universal y regional.

El Estado peruano a seguido esta línea progresista de protección de los derechos humanos, como lo señala *García, V.* citando a *Sagúes, N. (2014)*: “*en concreto dicho fenómeno de internalización ha impactado en el derecho constitucional de tal modo que numerosos aspectos de este quedan regulados o influenciados por normas de derecho internacional. (Pág. 417).*”

Pero lamentablemente el constituyente al momento de redactar la Constitución de 1993, no ha regulado de forma expresa a los tratados de derechos humanos como

fuerza del derecho, y menos cual es el rango que este ostenta. Pero esto no ha sido una limitante para que, a partir de la interpretación, se puedan incorporar e irradiar los efectos del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno, como señala *Landa, C. (2016)*:

“Debemos partir por establecer que, la Constitución Política del Perú de 1993 no ha mantenido el antiguo artículo 105° de la Constitución de 1979, según el cual “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional...”, de allí que, una parte de la doctrina concluye que los tratados sobre derechos humanos ya no gozan de la misma jerarquía que la Constitución.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, señala que existe amparo constitucional, en la cláusula de los derechos implícitos recogida en el artículo 3° de la Constitución. Esta norma dispone que “la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo a los derechos fundamentales no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

En tal sentido, los tratados que versan sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al regular materia de nivel constitucional – equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I “De la persona y la sociedad”, del Título I “De la persona y sociedad” de la Constitución de 1993 – tienen por su contenido

material, una jerarquía supra legal, es decir, gozan de carácter y rango constitucional.” (Pág. 16).

Esta misma postura de interpretación sobre el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos fue ratificada por nuestro Tribunal Constitucional en el expediente N° 00025-2005-PI/TC y N°00026-2005-PI/TC, procesos acumulados, en su párrafo 33:

33. Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango

constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.

1.2. La suscripción del Convenio 169 de la OIT por el Estado peruano

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo – OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, es un documento internacional adoptado en la convención de la 76ª reunión en Ginebra, el 27 junio 1989; el cual entró en vigor el 05 de setiembre de 1991.

Este es uno de los principales instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas, como dijimos uno de los grupos más vulnerables nuestra sociedad. Instrumento que en la actualidad ha sido ratificado y se encuentra en vigor en 22 países del mundo, dentro de los que se encuentra el Perú (la información que puede ser consultada en la página web de la Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314).

Debemos resaltar también que esta norma internacional hace insistencia en los derechos a la tierra y territorio, a la salud y a la educación de los pueblos indígenas y tribales. Invocando, en su preámbulo, la necesidad de la protección de "*los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios*" de los pueblos indígenas, y define "*la importancia especial que para las culturas de nuestro territorio y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios*". Así como la importancia de las actividades económicas tradicionales para su cultura. También que los servicios de salud para indígenas deberán organizarse en forma comunitaria, incluyendo los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Los programas de educación "*deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores*" y además, "*deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas*".

No debemos olvidar que pese a que la denominación de este acuerdo internacional sea "convenio" tiene la condición de tratado; debido a que, como mencionamos en apartados anteriores, no importa cuál sea la denominación un acuerdo tendrá la condición de tratado cuando haya sido celebrado en el marco de los siguientes elementos:

- i) *Un acuerdo internacional entre estados*: Es decir una manifestación de voluntad común de las partes contratantes en adoptar el acuerdo internacional.

- ii) *Celebrado por escrito*: Una de las razones es que en la actualidad la mayoría de los acuerdos internacionales son registrados por escrito; los cuales también son depositados en las organizaciones internacionales.
- iii) *Regido por el derecho internacional*: Los acuerdos internacionales debes estar regidos por las normas del derecho internacional, pese a que este pudo haber sido concluido entre los Estados.

El procedimiento de la ratificación del Convenio 169 de la OIT reúne todos estos elementos: es un acuerdo internacional entre Estados y la Organización Internacional del Trabajo – OIT; es decir, hubo acuerdo de contraer este convenio, en algunos casos de forma inmediata y otros fueron ratificándola en posterior. Este convenio que fue celebrado por escrito y depositado en la OIT, en las que también se encuentran las firmas de ratificación y adhesión. Y finalmente, es innegable que este tratado se rige por las normas del derecho internacional, debido a que, está se ha celebrado en el marco de una organización internacional, se han creados grupo de trabajo dentro de la OIT para dar seguimiento.

1.3. Vigencia y exigibilidad del Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú

El Perú fue parte de las negociaciones del Convenio 169 de la OIT, en el año de 1989 mostrando un manifiesto interés de este acuerdo internacional; pero como era de esperarse este acuerdo internacional no podía ser ratificado de inmediato por el Perú, debido a que antes tenía que seguir un procedimiento ante el Legislativo.

Cuando desarrollamos el capítulo de los tratados, hicimos referencia a que en algunos casos las Constituciones de los Estados preceptúan que, antes de ratificar determinados tratados, tiene que previamente ser aprobados por el Legislativo. Este es el caso del Estado peruano, en el artículo 56 de la Constitución establece que tratados deben ser aprobados antes por el Legislativo, entre ellos los de materia de derechos humanos. Para dar respuesta a esta interrogantes, antes debemos aclara si el Convenio N° 169 de la OIT constituye o no un tratado en materia de Derechos Humanos.

a) El Convenio 169 de la OIT como tratado de Derechos Humanos

Para lograr entender si el Convenio N° 169 de la OIT constituye un tratado de derechos humanos, tenemos que desmenuzar cual fue la naturaleza y fundamentos al momento de la adopción de este.

Para tal efecto debemos tener en cuenta lo dispuesto por la *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, que en su *PARTE III* regula las disposiciones sobre las *Observancia, aplicación e interpretación de los tratados*, en sus artículos:

“31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.”

Como bien dice Novak, F. & García-Corrochano, L. (2001): “este artículo (31) sienta la regla general de interpretación acogiendo el método textual y objetivo. El artículo 31 la expresión “regla” en singular y no el plural, a fin de indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá una sola operación combinada. El proceso de interpretación constituye una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí. Se establecen así los siguientes Principios de Interpretación:

- i) ***Principio de sentido ordinario y natural de los términos del tratado***
[...] De acuerdo con este principio se busca dar a los términos de un tratado un sentido natural y corriente, pues los convenios no son siempre redactados por juristas, que podrían emplear una terminología más técnica”.
- ii) ***Principio de contexto***
Conforme a este principio “los términos no deben ser tomados aisladamente, sino en el contexto, que pueden contribuirles un significado diferente o particulares. El contexto es el conjunto del tratado, cada una de sus partes y todas ellas se interrelacionan entre sí”.
- iii) ***Principio de conformidad con el objeto***
Se refiere a adecuar el tratado “al propósito que guió a las partes a contratar (principio de ratio legis)”.
- iv) ***Principio de conducta ulterior***
Apunta a analizar el comportamiento de las partes al momento de ejecutar las cláusulas del acuerdo, lo que implica una interpretación auténtica. (Pág. 202-212).

Teniendo en cuenta ya las reglas de interpretación establecidas por el *Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados* y las posición de la doctrina publicista, pasamos a hacer el análisis sobre lo planteado, si el Convenio 169 de la OIT es de materia de Derechos Humanos.

Para este fin, es necesario remitirnos en principio, a lo regulado por el Convenio N° 169 de la OIT en su parte introductoria, es decir a la exposición de motivos, para tomar nota de lo siguiente:

[...] Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación; (segundo párrafo).

[...] Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; (cuarto párrafo).

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión; (quinto párrafo). (Subrayado nuestro).

Conforme al principio que rigen para la interpretación de tratados, podemos colegir lo siguiente:

- El Convenio 169 de la OIT se da en el marco de una alternativa “legal” a la problemática que han enfrentado los pueblos indígenas, a través de la historia, en el campo social, económico, cultural y sobre todo en el ejercicio de los derechos humanos.
- Lo que busca este convenio también es, dotar de instrumentos para que los pueblos indígenas puedan asumir el control de sus propias vidas e instituciones que forman parte de su pueblo, lo que más adelante se llamará el derecho a la autodeterminación.
- Al igual que, contribuir en la eliminación de esas barreras que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos, en especial aquellas acciones que tienen que ver con la discriminación e igualdad.
- Finalmente, se resalta que este convenio se da en el marco de los diversos tratados de derechos humanos ya en vigor; atendiendo a la tendencia progresiva de la protección de los derechos humanos.

Esto nos ayuda a concluir que, el Convenio 169 de la OIT ha sido negociado y ratificado por los diversos Estados, atendiendo a la falta de igualdad para el acceso y ejercicio de

los derechos humanos los pueblos indígenas en el mundo. Quienes a través de la historia han enfrentado situaciones de asimetrías, vulneraciones, discriminación, barreras para el acceso a los derechos fundamentales. Situaciones que han llevado inevitablemente a mellar su dignidad como personas y como pueblo. Razón por la que, se les considera como uno de los grupos más vulnerables en el mundo. Este sería el motivo porque en la actualidad la comunidad internacional, orienta sus acciones en crear mecanismos e instrumentos para proteger a estas poblaciones.

b) La ratificación y la vigencia del convenio 169 de la OIT en el Estado peruano

Debemos de comenzar por precisar que el Convenio N° 169 de la OIT es vigente y vinculante desde el 2 de febrero del año 1995 en nuestro país, tal y como el Tribunal Constitucional ha manifestado reiteras veces, que el Convenio 169 de la OIT es vigente desde el año 1995, como en caso del fundamento 11 de la sentencia N° 00022-2009-PI/TC, que dice lo siguiente:

“11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, lo que

importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta”. (Subrayado nuestro).

De la misma forma, en el fundamento 43 de la sentencia N° 05427-2009-AC/TC sosteniente lo siguiente:

“43. En el presente caso, como ya lo puso en evidencia este Colegiado en el caso Tuanama (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 11), han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que este Tribunal considera como suficiente para que se haya desarrollado, en este caso desde el Ministerio de Energía y Minas, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país”. (Subrayado nuestro).

De la misma forma en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI nuestro tribunal ha precisado que:

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

Hizo bien nuestro Tribunal Constitucional al tomar esta línea de interpretación sobre la fecha (02 de febrero del año de 1995) en la cual entra en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, por tanto también el contenido normativo de este tratado. Asumiendo desde ese momento el Estado peruano las obligaciones internacionales.

Para complementar esta línea de interpretación, creemos oportuno hacer un análisis sobre las estipulaciones de entrada en vigor (conocido en nuestro derecho interno como entrada en vigencia) del Convenio 169 de la OIT que es regulada en el mismo tratado.

Para tal fin, en principio tenemos que remitirnos a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, que estipula en su *artículo 24* los casos y situaciones en las cuales un tratado puede entrar en vigor:

“24. Entrada en vigor.

- 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.*
- 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.*
- 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.*
- 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas. Las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto”.*
(Subrayado nuestro).

Teniendo estas premisas de cuando entra en vigor un tratado, pasemos a revisar lo que estipula el Convenio 169 de la OIT en su artículo 38:

“Artículo 38

- 1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.*
- 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.*

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”.

Al albor de estas dos estipulaciones normativas, se puede afirmar que, claramente el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 38 estipuló la manera y fecha en que este entraría en vigor este instrumento en los países que la ratificaran; el cual claramente queda registrado en sus apartados 2 y 3, al establecer que este entra en vigor doce meses después de que los Estados hayan comunicado la ratificación.

Para el caso peruano, como bien lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, este tratado fue aprobado mediante la *Resolución Legislativa N° 26253 - Aprueban el "Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes"*, publicado el 2 de diciembre de 1993. Aprobado el tratado, la ratificación fue comunicada al Director General de la OIT y hecho el depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. En consecuencia, tal y como lo estipulo el tratado, este entro en vigor en nuestro país 12 meses después, es decir el 02 de febrero de 1995.

Aclarado estos puntos, es importante también desarrollar las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado al asumir este convenio como parte de nuestro sistema jurídico.

1) Obligaciones asumidas por el Estado peruano al momento de ratificar el Convenio 169 de la OIT

Claramente una de las primera obligaciones que asumió el Estado peruano es la observancia de contenido del Convenio N° 169 de la OIT, como es costumbre internacional, los Estados siempre deben de procurar el cumplimiento de los compromisos internacionales. Así tenemos el primer compromiso internacional.

a. Observancia del tratado

La observancia de un tratado, es decir el cumplimiento, es una obligación general para los Estados partes, como bien lo señala la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, en su artículo 26:

“Observancia de los tratados.

26. *"Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".*

Como se desprende la lectura de este artículo, la observancia de los tratados debe ser cumplido en atención a dos principios:

- **El principio de Buena Fe:**

Como bien señala *Novak, F. & García-Corrochano. L. (2001)*, al afirmar que *"La buena fe sugiere la actuación exenta de malicia. [...]. La obligación de actuar de buena fe incluye la obligación de las partes en un tratado de abstenerse de actos destinados a frustrar el objeto y fin del tratado; incluye la obligación de hacer uso de todos los mecanismos –y entre ellos, primer lugar del propio tratado- para lograr la plena ejecución del tratado. [...]. (Pág. 190).*

- **El Principio del Pacta Sunt Servanda**

Este principio implica el cumplimiento irrestricto del contenido de un tratado, como bien lo señala *Novak, F. & Namihias, S. (2004)* al señalar que *"se trata de una norma universalmente reconocida que constituye el fundamento moderno de la obligatoriedad de los tratados internacionales, [...]. En consecuencia, la fe debida a los tratados debe ser sagrada e inviolable, pues las relaciones internacionales serían imposibles entre los Estados si estos estuviesen profundamente convencidos de que es un deber sagrado el de respetar los pactos". (Pág. 59 y 60).*

b. Obligaciones derivadas de un tratado de derechos humanos

Pero de otro lado, también tenemos obligaciones asumidas en materia de derechos humanos. Como estableciditos en el apartado anterior, el Convenio N° 169 de la OIT constituye un tratado de derechos humanos, por lo que también trae consigo obligaciones especiales. Como bien lo señala *Dulitzky, A. (2006)* al marcar que *"todos los tratados de derechos humanos, comportan para el Estado tres obligaciones básicas"*:

1. Respeto de los derechos reconocidos en dicho tratado

Para este autor “en cuanto a la obligación de respetar los derechos se puede sostener que la misma exige que los Estados partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute de los derechos de que trate. Principalmente la obligación de respetar significa no violar por acción o por omisión algunos de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos”. (Pág. 84). En la misma línea la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en el la sentencia del *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* del 29 de julio de 1988, en su fundamento 165 ha establecido lo siguiente:

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, [...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21)”.

2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción

Siguiendo las mismas lianas de interpretación, Dulitzky sostiene que “el deber de garantía estatal en materia de derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Postura que también coincide con la sostenida por la *Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH)* en el la sentencia del *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras del 29 de julio de 1988*, en sus fundamentos 166 y 167:

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Esta obligación del Estado, conforme las normas internacionales y la jurisprudencia regional y universal, integra a cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación. Estas obligaciones involucran lo siguiente:

i) Deber de prevención

La *Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH)* en el del *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, en su *fundamento 175* estableció del Estado consiste en:

“175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que,

como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto”.

ii) Obligación de investigar

En esta misma sentencia la Corte IDH en su fundamento 176 establece que la obligación de investigar consiste en:

“176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

iii) Deber de sanción

Para Dulitzky, A. (2006) el deber de sanción debe ser entendido como:

“El deber de sanción implica, según la jurisprudencia constante de la Corte que el Estado tiene <la obligación de [...] sancionar a los responsables> de violaciones de derechos humanos. (Caso Castillo Páez, sentencia de Corte IDH de 3 de noviembre de 1997). <La obligación de

juzgar y sancionar abarca a todos los autores sean materiales o intelectuales de hechos violatorios de derechos humanos> (Caso Ignacio Ellacuría y otros, informe de la comisión IDH, 2000).

El deber de sancionar puede implicar la modificación de la legislación interna [...]. Obviamente una de las principales violaciones al deber de garantía es la impunidad que ha sido definida como <la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos [...]. En tal sentido [...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todo los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares>” (Caso Loayza Tamayo, sentencia 1998). (Pág. 87).

iv) Deber de garantías

Respecto de este deber, Dulitzky, A. (2006) sostiene que: “*de conformidad con los principios generales del derecho internacional, ante la violación de las normas internacionales por parte de un Estado, éste es internacionalmente responsable y en consecuencia tiene el deber de reparar. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato el deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias, de la violación. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum) la cual consiste en el establecimiento de la situación anterior y en la adopción de las medidas que tiendan a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. De no ser posible corresponde determinar un serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Esta obligación de reparar se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidad y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, por lo que no puede ser modificada o incumplida*

por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno. (Ídem, pág. 85-88).

v) Adoptar medidas necesarias para hacer efectivo los derechos protegidos

Como bien los dice Dulitzky, A. (2006). “Adicionalmente los tratados de derechos humanos imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas necesarias para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos protegidos. La obligación de garantía exige que los Estados parte realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.

Ello requiere que se adopten disposiciones internas, incluidas pero no limitadas a l legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno a fin de armonizar con las normas convencionales. Los tratados de derechos humanos recogen de esta manera una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”. (Ídem, pág. 89).

2) Derecho de pueblos indígenas incorporados al ordenamiento peruano por el Convenio N° 169 de la OIT

Como hemos venido resaltando, en las últimas décadas (aproximadamente desde década de 90) la comunidad internacional ha venido intensificando sus acciones normativas para proteger a los pueblos indígenas, debido a su alto grado de vulnerabilidad. Hecho que se ha plasmado por ejemplo en el Convenio 169 de la OIT. Instrumento internacional, vamos a decir, angular de los derechos de los pueblos indígenas que ha irradiado a los ordenamientos jurídicos garantías para la protección de estos pueblos.

Este instrumento internacional reconoce e incorpora derechos individuales y colectivos de pueblos indígenas a nuestro derecho interno peruano, como bien lo dice *Henry Oleff Carhuatocto Sandoval*:

“El Convenio 169 de la OIT al consagrar los derechos indígenas fundamentales significa para el Perú, constituye la piedra de toca para la construcción de un Estado Plurinacional que reconoce las diferentes naciones que habitan en su territorio reconociendo sus tradiciones ancestrales, cultura e incluso su jurisdicción. [...].

El Convenio 169 de la OIT, como apreciamos, desde su aprobación, se ha convertido en el mejor instrumento para hacer respetar los derechos indígenas, especialmente en lo que respecta a su derecho fundamental al respeto de su cultura, la consulta previa, y el consentimiento libre, previo e informado contemplados en sus artículos 3º, 6º, 15º y 16º. Ciertamente que otros países han optado además de ratificar el Convenio por incorporar de manera expresa en sus constituciones los mencionados derechos indígenas tal es el caso de Ecuador, Colombia y Bolivia. En el caso peruano, considerando el Convenio 169 de la OIT y las normas nacionales, establece un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos derechos encontramos los siguientes:

- 1. Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),*
- 2. Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4);*
- 3. Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);*
- 4. Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6),*
- 5. Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7);*
- 6. Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho [consuetudinario], instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);*
- 7. Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);*
- 8. Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat (arts. 13-19);*
- 9. Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25);*

10. *Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31);*

11. *Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32)”. (Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú –TESIS Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos”. Pág. 38 y 39).*

Instrumento internacional, como ya hemos mencionado en apartados anteriores, que ha sido ratificado válidamente por nuestro país, como bien lo dice nuestro Tribunal Constitucional. Para este estudio es de nuestro interés el desarrollo pormenorizado del *derecho a la consulta*, el mismo que pasamos a desarrollar.

a. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas

Como hemos mencionado anteriormente, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y son parte del derecho interno peruano y el Convenio 169 de la OIT tiene esta naturaleza. Esto nos conlleva a afirmar que, si la naturaleza de este instrumento internacional es de derechos humanos entonces los derechos contenidos en ella también tienen tal condición, es decir fundamentales.

Este instrumento internacional en su artículo 6 regula al derecho a la consulta como:

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;

[...]

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Para entender un poco más sobre el sentido y contenido del *derecho a la consulta* de los pueblos indígenas, debemos partir por hacer una conceptualización de ella.

Para la Organización Internacional del Trabajo el derecho a la consulta debe ser comprendido como:

“El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio núm. 169, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación plena del Convenio en una serie de países 1). El Convenio exige que los pueblos indígenas puedan participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Por ende, los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio núm. 169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”, si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación 2). Las disposiciones sobre consulta y participación deben leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas”. (Organización Internacional del Trabajo, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Pág. 59. 2009)

Queda claro entonces que, la consulta es un procedimiento que reúne ciertos mecanismos orientados a garantizar la participación efectiva y permanente de los pueblos indígenas y sus miembros, ante medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar su situación física o legal.

Esta conceptualización también ha sido desarrollada por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka Sv. Suriman*, en su fundamento 133:

“133. 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, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”.

De la misma forma este organismo regional, en el *caso Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador*, en sus fundamentos 159 y siguientes establece que el derecho a la consulta comprende:

“159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio 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 (infra párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

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

i. El contenido del derecho a la consulta de pueblos indígenas

Recogiendo los desarrollos teóricos y jurisprudenciales, en el Perú ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional; sobre todo en la sentencia 00022-2009-PI/TC que devendría en una *sentencia principio*, debido que hasta su emisión no había un procedimiento regulado en nuestro país para la aplicación del derecho a la consulta.

Según el *fundamento 37* de esta sentencia, nuestro Tribunal Constitucional ha sostiene que “*el contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa*”:

- i.* El acceso a la consulta,
- ii.* El respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y,
- iii.* La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta”.

En relación con el primer supuesto, el TC señala en su fundamento 38 que “*si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado*”. Añade en el *fundamento 39* en relación con el segundo supuesto que, “*debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta*”.

En relación con el tercer supuesto (fundamento 40) “*implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo [...] En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado*”.

ii. Criterios de identificación de los pueblos originarios

Otro de los aspectos a tener en cuenta, cuando se toca el tema del derecho a la Consulta de los pueblos indígenas, son los criterios de identificación de estos pueblos como una primera condición para hacer exigible y aplicable este derecho.

Al respecto el artículo del Convenio 169 de la OIT establece lo siguiente:

“1. El presente Convenio se aplica:

[...].

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

3) La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Sobre este punto, en la doctrina a queda establecido que, de la interpretación de este primer artículo de la norma internacional existen dos elementos o criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar si un pueblo es considerado “indígena”. El primero es el *criterio objetivo*, dentro del cual se considera la descendencia de una población originaria del territorio nacional, al igual que la conservación total o parcial de las instituciones sociales y costumbres propias. El segundo es el *criterio Subjetivo*, el cual está referido a la conciencia de indígena u originaria.

iii. Finalidad de la consulta

Para Ruiz, J. (2013), la finalidad que siempre ha de perseguir el proceso de consulta se plasma en los siguientes aspectos:

- Alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos originarios o, en su caso, obtener el consentimiento libre e informado de éstos, sobre las medidas susceptibles de afectar sus derechos.
- Efectivizar o concretizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos originarios a través de su inclusión en el proceso de toma de decisiones estatales sobre medidas que puedan afectar sus derechos, por medio del proceso de consulta. (Pág. 116).

iv. Consentimiento libre e informado

El derecho internacional vigente ha establecido algunas situaciones en las que el deber de consultar no es suficiente sino que además se debe obtener el consentimiento de las comunidades afectadas. En estos casos, el consentimiento no debe ser solo el objetivo de la consulta sino un derecho en sí mismo, que es un requisito indispensable, sin el cual no se puede realizar un proyecto de inversión. Las situaciones previstas por el derecho internacional son las siguientes:

2. En relación con el primer caso el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT, establece que *“Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”*. Esta misma regla también puede ser encontrada en el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual establece:

“Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley N° 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el artículo 7, inciso 1, *“Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual”*. En el inciso 2 literal “c” del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *“En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial”*.

El artículo 8 inciso 1 de la norma exige la realización del test de ponderación a través del principio de proporcionalidad. Según este *“Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos”*.

En el caso de pueblos indígenas, el artículo 9 establece la obligación especial del Estado de proteger a los pueblos indígenas contra los desplazamientos forzados. Según esta norma *“El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma”*.

3. En el segundo supuesto, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, en su fundamento 134*; han reconocido en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, *cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en los pueblos indígenas*. La Corte IDH ha señalado 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 sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. (Subrayado nuestro)

El problema es cómo precisar este supuesto. Esta interrogante ha sido respondida por la Corte IDH en la sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. “En ella este colegiado no solo estableció la anterior regla, adicionalmente identificó algunos criterios que permiten determinar si un proyecto o plan de desarrollo o inversión tendrá un impacto significativo en un territorio protegido y si las comunidades tendrán que enfrentar cambios sociales y económicos profundo” (Maria Clara Galvis, “Consulta, consentimiento y veto, en *Aportes DPLF*”, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal* Número 14, Año 3, septiembre de 2010, pág. 11.).

Los efectos previstos que sirven como criterios para determinar que se está en presencia de proyectos o planes que tendrán impactos mayores son aquellos que implican:

- La pérdida de territorios y tierra tradicional,
- El desalojo,
- La migración,
- El posible reasentamiento,
- El 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
- El abuso y la violencia

Estos supuestos fueron desarrollado por el *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen*, presentado de conformidad con la resolución 2002/65*, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), *ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en su párrafo 134.*

Según el Relator Especial de la ONU, cuando un proyecto tiene efectos como alguno de los indicados, “*es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo*”.

Finalmente, sobre el punto, también el relator *James Anaya, Relator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas* ha manifestado que “*se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos*”. Esta declaración pública del Relator Especial fue hecha en el marco de la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, pág. 3: “El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos”.

4. El tercer supuesto es, cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios. Esto está reconocido en la séptima disposición final del Reglamento de la ley de consulta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC. “*Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas*.”

“[...]

- 4) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir

con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos”.

Esta norma debe ser interpretada y recoge lo establecido en el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

“Artículo 29

[...]

Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.
(María Clara Galvis, Amicus Curiae presentado en el Caso Majes Siguan II por la Fundación del Debido Proceso).

En definitiva, si bien es cierto que la Corte IDH no ha precisado que *“estamos ante un <derecho> sino ante una obligación del Estado, no se puede poner en duda la existencia de una regla jurídica de naturaleza vinculante. Se trata en realidad de un derecho emergente que está en procesos de configuración”*, posición que fue tomada por *La Corte Constitucional Colombiana, primero en la sentencia T-769 de 2009 y luego en la T-129 de 2011*, haciéndose una regla interpretativa.

II. ACTOS ADMINISTRATIVOS NO CONSULTADOS DEL SECTOR DE MINERÍA, DADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 29785 Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PERUANO

2.1. Actos administrativos del sector de minería en el Perú

Para establecer cuáles son los actos administrativos que se imiten en el sector de minería en nuestro país, en torno al desarrollo de proyectos mineros, que están bajo las competencias del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Instituto Geológico Minero Metalúrgico (INGEMMET) y las Direcciones Regionales de Energía y Minas; debemos remitirnos al *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM*, *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - DECRETO SUPREMO N° 03-94-EM* y el *Reglamento de Procedimientos Mineros - DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM*. De la revisión de estas normas podemos concluir que los actos administrativos que se emiten en este sector son los siguientes:

1. Concesión minera

Para explorar o explotar los recursos minerales es necesario contar con una “*concesión minera*” otorgada por el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET. La concesión minera es un acto administrativo por el cual el Estado autoriza a un particular o al propio Estado a aprovechar los recursos minerales que se encuentran ubicados en el subsuelo del área que comprende la concesión.

En el D. S. 014 – 92 – EM en sus artículos 8, 9 y 10 se define a la concesión minera como:

Artículo 8°.- La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimiento minerales. [...].

Artículo 9°.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendentes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Artículo 10°.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.

Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

2. Concesión de beneficio

El D. S. 014 – 92 – EM en sus artículos 17 y 18 define a la concesión de beneficio como:

Artículo 17°.- Beneficio es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales; comprende las siguientes etapas:

1. Preparación Mecánica.- Proceso por el cual se reduce de tamaño, se clasifica y/o lava un mineral.

2. Metalurgia.- Conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para concentrar y/o extraer las sustancias valiosas de los minerales.

3. Refinación.- Proceso para purificar los metales de los productos obtenidos de los procedimientos metalúrgicos anteriores.

Artículo 18°.- La concesión de beneficio otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a

fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos.

El conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que realizan los productores mineros artesanales para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales, no se encuentran comprendidos en el alcance del presente Título, para su realización sólo será necesaria la solicitud acompañada de información técnica y una Declaración de Impacto Ambiental suscrita por un profesional competente en la materia. La autorización correspondiente será expedida por la Dirección General de Minería.

3. Concesión de labor general

La norma antes mencionada, también desarrolla la concesión de labor general y la define como:

Artículo 19°.- Labor general es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios.

Artículo 20°.- La concesión de labor general otorga a su titular el derecho a prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras.

4. Concesión de transporte minero

La concesión de transporte minero es definida en esta norma como:

Artículo 22°.- Transporte minero es todo sistema utilizado para el transporte masivo continuo de productos minerales, por métodos no convencionales. Los sistemas a utilizarse podrán ser:

- Fajas transportadoras;*
- Tuberías; o,*
- Cable carriles.*

La Dirección General de Minería, con informe favorable del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y opinión del Consejo de Minería, podrá agregar nuevos sistemas a esta definición.

Artículo 23°.- La concesión de transporte minero confiere a su titular el derecho de instalar y operar un sistema de transporte masivo continuo de productos minerales entre uno o varios centros mineros y un puerto o planta de beneficio, o una refinería o en uno o más tramos de estos trayectos.

5. Autorización de exploración

La exploración es la actividad que busca demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales.

Luego de obtener la concesión minera y antes de iniciar las actividades de exploración es necesario que las empresas cuenten con los estudios ambientales y con una serie de permisos y autorizaciones.

1. Autorización para usar el terreno superficial
2. Estudio de impacto ambiental (EIA) o Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Estudio de impacto ambiental semi detallado
3. Opinión favorable del INRENA.
4. Autorización de uso de agua si se va a emplear agua de ríos, lagunas y otros, concedida por la Autoridad Local del Agua, del lugar donde se va a realizar la exploración.
5. Autorizaciones para almacenamiento y transporte de hidrocarburos.

Las otorga la Dirección General de Hidrocarburos, el Organismo Superior de la Inversión en Energía y Minería (OSINERMIN) y Dirección Regional correspondiente (DREM).

Esta labor es definida en *el Reglamento de Procedimientos Mineros - DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM* en su artículo 75, inciso 1 como:

Artículo 75°.- Para la obtención de la autorización de inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación (incluye aprobación del plan de minado y botaderos) y explotación en concesiones mineras y/o UEA y modificaciones, el titular minero presentará a la Dirección General de Minería o al gobierno regional, según corresponda, lo siguiente:

1. *Para el inicio de actividades de exploración:*

a) *Resolución que aprueba el Instrumento ambiental respectivo, aprobado y consentido por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros o gobierno regional correspondiente.*

b) *Programa de trabajo.*

c) *Documento que acredite que el solicitante es propietario o que está autorizado por el(los) propietario(s) del 100% de las acciones y derechos del predio para utilizar el(los) terreno(s) superficial(es) donde se realizará la actividad de exploración, debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP o, en su defecto, el testimonio de escritura pública. En ambos casos, dichos documentos deberán contener las coordenadas UTM WGS 84 de los vértices de la poligonal que encierra cada terreno superficial.*

Para los casos en que la inscripción registral o la escritura pública se haya efectuado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente norma, y aquellos documentos no contuvieran las respectivas coordenadas UTM WGS 84 de los vértices de la poligonal que encierra cada terreno superficial, se deberá adjuntar las coordenadas de dicho(s) terreno(s), certificada(s) por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI; o, en su defecto, deberá presentar el certificado negativo de zona catastrada del mencionado organismo, adjuntando una declaración jurada conteniendo las respectivas coordenadas, las mismas que serán levantadas por un verificador del Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP. En caso COFOPRI no emita pronunciamiento en un plazo de 30 días calendario, bastará el cargo de su presentación, acompañado de la declaración jurada mencionada anteriormente.

d) *Monitoreo ambiental actualizado, efectuado por un laboratorio certificado o empresa con laboratorio certificado, acreditado por INDECOPI.*

Una vez cumplido con lo señalado en el presente numeral, la Dirección General de Minería o gobierno regional correspondiente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería, autorizará el inicio de la actividad de exploración”.

6. Autorización de explotación

El desarrollo de una mina (explotación) es la segunda etapa del ciclo minero, una vez ubicando el yacimiento, se determina si puede ser explotado beneficiosamente y si es así, se construye una mina.

En esta etapa se llevan a cabo todas las actividades que hacen posible la explotación de mineral contenido en un yacimiento. Partes importantes de esta fase son la realización del estudio impacto ambiental y la obtención de permisos.

- Estudio de Impacto Ambiental: Todas las empresas antes de iniciar la etapa de explotación están obligadas a presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).
- Permisos: Para iniciar las actividades de desarrollo de una mina y conforme estas actividades aumentan o se intensifican, se requiere de diversos permisos.
- Plan de cierre de minas: Un paso importante en el planteamiento de una mina es el Plan de Rehabilitación y Cierre de Minas.
- Estudios de factibilidad: Los estudios de factibilidad son una serie de estudios de planeamiento y reportes de evaluación de la información geológica, de ingeniería, económica, social, legal y del sitio donde se encuentra el yacimiento. El propósito de los estudios de factibilidad es evaluar todos los aspectos del proyecto, revisar los planes, identificar riesgos, hacer cálculos de costos más exactos, y decidir si un yacimiento mineral puede ser explotado de manera rentable.

Este acto minero es definido en la norma antes referida en su *artículo 75 inciso 2* como:

2. Para el inicio o reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación (incluye plan de minado y botaderos):

2.1 Para aprobación del Plan de Minado y Autorización de actividades de desarrollo y preparación, se requiere:

- a) Resolución que aprueba el instrumento ambiental, aprobado y consentido por la autoridad competente.*
- b) Información técnica de acuerdo a los parámetros establecidos en el Anexo I del presente reglamento.*
- c) Documento que acredite que el solicitante es propietario o que está autorizado por el(los) propietario(s) del 100% de las acciones y derechos del predio para utilizar el(los) terreno(s) superficial(es) donde se ubicarán todos los componentes del proyecto (mina(s), botadero(s), cantera(s) de préstamo, campamento(s),*

taller(es), polvorín, vías de acceso, enfermería, entre otros), debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP o, en su defecto, el testimonio de escritura pública. En ambos casos, dichos documentos deberán contener las coordenadas UTM WGS 84 de los vértices de la poligonal que encierra cada terreno superficial.

Para los casos en que la inscripción registral o la escritura pública se haya efectuado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente norma, y aquellos documentos no contuvieran las respectivas coordenadas UTM WGS 84 de los vértices de la poligonal que encierra cada terreno superficial, se deberá adjuntar las coordenadas de dicho(s) terreno(s), certificada(s) por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI; o, en su defecto, deberá presentar el certificado negativo de zona catastrada del mencionado organismo, adjuntando una declaración jurada conteniendo las respectivas coordenadas, las mismas que serán levantadas por un verificador del Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP. En caso COFOPRI no emita pronunciamiento en un plazo de 30 días calendario, bastará el cargo de su presentación, acompañado de la declaración jurada mencionada anteriormente.

d) Autorización de la autoridad competente, en caso de que el proyecto a ejecutarse afecte carreteras u otro derecho de vía.

2.2 Para autorización de inicio de actividad de explotación;

Concluida la etapa de las actividades de desarrollo y preparación, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería o gobierno regional correspondiente, para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el plan de minado aprobado. Asimismo, acompañará a su solicitud el Monitoreo ambiental actualizado, efectuado por un laboratorio certificado o empresa con laboratorio certificado, acreditado por INDECOPI.

La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguiente a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería o gobierno regional correspondiente, previo informe técnico favorable del Ministerio de

Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería, autorizará el inicio de la actividad de explotación. [...].

2.2. Actos administrativos emitidos en el sector de minería hasta antes del 11 de agosto del 2011

Para obtener datos precisos respecto a la cantidad de actos administrativos emitidos en el sector de minería entre el año de 1995 a 2011; es decir concesiones mineras, autorizaciones de exploración y explotación de recurso mineros, se presentó una petición de acceso a la información al Ministerio de Energía y Minas, en fecha 09 de octubre del 2017 a través de su plataforma virtual. Como respuesta a esta petición se obtuvo lo siguiente:

Estimado(s): LAURACIO APAZA WILLIAN RODRIGO	
Por medio del presente se le da respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública.	
DATOS DEL SOLICITANTE	
Nombres y Apellidos	LAURACIO APAZA WILLIAN RODRIGO
Teléfono	980754130
Córeo	LAURACIO.WR@SMAL.COM
Dirección	J.R. BOLOGNESI Nº 188 - CHUCUITO JULI
DATOS DE LA SOLICITUD	
Nº Expediente	2747202
Forma Entrega	CORREO ELECTRÓNICO
Información Solicitada	SOLICITO LA SIGUIENTE INFORMACIÓN: 1.- EL NÚMERO TOTAL DE CONCESIONES MINERAS QUE SE OTORGARON EN EL PERÚ ENTRE EL PERÍODO DE ENERO DE 1995 A DICIEMBRE DEL 2011. 2.- EL NÚMERO DE ACTIVIDADES MINERAS QUE INICIARON EXPLORACIÓN EN EL MISMO PERÍODO. 3.- EL NÚMERO DE ACTIVIDADES MINERAS QUE INICIARON EXPLOTACIÓN EN EL MISMO PERÍODO. 4.- CUANTOS DE ESTOS PROYECTOS MINEROS, DEL PERÍODO ENERO DE 1995 A DICIEMBRE DEL 2011, FUERON MATERIA DE CONSULTA PREVIA; Y QUÉ ACTOS ADMINISTRATIVOS SE CONSULTARON.
DATOS DE LA RESPUESTA	
Fecha de Asignación	18/10/2017
Fecha de Respuesta	08/11/2017
Respuesta a la Solicitud	1.- El número total de concesiones mineras debe solicitarse al INGEMMET, por ser la entidad competente. 2.- Con respecto a los puntos 2, 3, y 4, esta Dirección General de Minería no cuenta con la información solicitada.
Aclaramiento Ministerio de Energía y Minas	
MINEM - Copyright 2017. Todos los derechos reservados	

Fuente: MINEM

Como se advierte de la lectura del apartado de “DATOS DE LA RESPUESTA”, se nos informa que el Ministerio de Energía y Minas no cuenta con el número total de las concesiones mineras emitidas en el periodo antes mencionado; ya que, desde su interpretación es el Instituto Geológico Minero Metalúrgico – INGEMMET quien debe

proporcionar. Al respecto debemos mencionar que INGEMMET forma parte de este ministerio, por lo que MINEM debería de contar con esta información.

Respecto a las interrogantes de cuantas autorizaciones de exploración y explotación se han emitido en el periodo materia de análisis, nos informan que no cuentan con dicho datos.

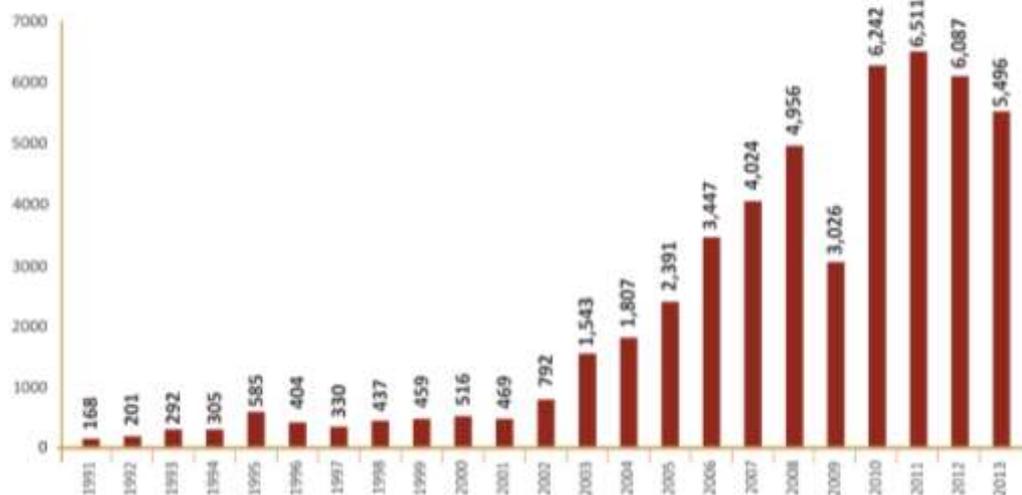
Para fines de la presente investigación hubiera sido oportuno contar con la información fidedigna y oficial del organismo rector, el Ministerio de Energía y Minas. No contando con esta información y para lograr una aproximación y análisis estos datos, nos remitimos a otras fuentes.

En el documento que elabora *Propuesta Ciudadana*, denominado “*CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ - Análisis y Propuestas de Política*” en el año 2014, encontramos información respecto de la cantidad de concesiones mineras y actividades de explotación minera que desarrollaron en el periodo de 1995 a 2011. En este documento, en su *apartado 2. SITUACIONES DE LAS CONCESIONES MINERAS A NIVEL NACIONAL Y REGIONAL, 2.1 AVANCE DE LAS CONCESIONES MINERAS A NIVEL NACIONAL* se hace un detalle de las concesiones mineras existentes desde el año de 1991 hasta el 2013, mostrándose para ello un cuadro con estos datos.

“Los gráficos 6 y 7 muestran la evolución de la entrega de concesiones en el período 1991-2013 considerando el número de concesiones y la superficie concesionada. La primera constatación es que las concesiones entregadas crecen moderadamente en los años 90 pero estas un salto a partir de 2002 en adelante, con dos puntos de inflexión: en 2009 y en 2013. Ambos puntos están asociados a la caída de precios de los minerales en el mercado internacional por la crisis financiera, en el primer caso, y por la desaceleración de la economía china y la recesión europea, en el segundo.

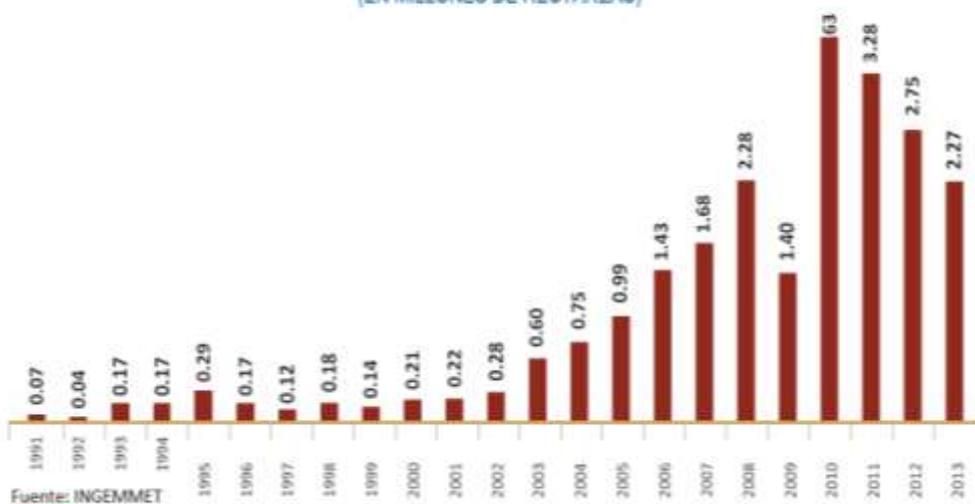
El número de concesiones entregadas pasa entonces de un período de bajo crecimiento en los años 90 –con un promedio por debajo de las 500 concesiones por año– hacia otro en el que las concesiones pasan de 792 el 2002 a 6,511 el 2011. La superficie concesionada comparte el mismo perfil de evolución; siendo el año 2010 el de mayor superficie entregada con 3.63 millones de hectáreas luego de haber bajado a 1.4 millones de hectáreas en 2009 producto de la crisis financiera de 2008”.

GRÁFICO 6
NÚMERO CONCESIONES MINERAS VIGENTES POR AÑO DE SOLICITUD



Fuente: Propuesta Ciudadana

GRÁFICO 7
SUPERFICIE CON CONCESIONES MINERAS VIGENTES POR AÑO DE SOLICITUD
(EN MILLONES DE HECTÁREAS)



Fuente: Propuesta Ciudadana

De la lectura de este documento, podemos llegar a afirmar lo siguiente. Desde el año 1995 hasta el 2011 es evidente que hubo un crecimiento exponencial de las concesiones mineras en nuestro país; ya que paso de 585 a 6,511 concesiones mineras vigentes. Claro está que para que ocurra esto, el Ministerio de Energía y Minas a través del Instituto Geológico Minero Metalúrgico fue el encargado de llevar adelante el procedimiento y posterior emisión del título de concesión minera.

De otro lado, teniendo en cuenta la respuesta del Ministerio de Energía y Minas respecto a si se realizó *consulta previa* en los actos emitidos dentro de su sector, podemos afirmar que de las 6,511 concesiones mineras que se emitieron hasta el año 2011, ninguna fue *consultada a pueblos indígenas afectados* en nuestro país.

En este mismo documento elaborado por Propuesta Ciudadana, también se ha logrado obtener datos sobre la cantidad de proyectos mineros que entraron en fase de exploración y explotación. Información que se desarrollada en su apartado 3.2 **CONCESIONES**

MINERAS SEGÚN TIPO DE USO:

“En el capítulo anterior señalamos el crecimiento acelerado de las concesiones mineras, particularmente en la sierra del país. ¿Qué porcentaje de los millones de hectáreas tomadas en concesión vienen siendo utilizadas? Según los datos disponibles, sólo en el 6.07% de los derechos mineros otorgados se realizan actividades de explotación y exploración minera, lo que significa que en el restante 94% de ellos no se registra ningún tipo de actividad (ver cuadro 24). Entonces, si la tasa de actividad en las concesiones mineras tituladas es tan baja, ¿por qué la demanda es tan alta y por qué sigue en aumento? ¿Por qué la gran parte de las concesiones se mantienen sin ningún tipo de actividad? ¿Existirá algún ánimo de especulación que lleve a las empresas y personas naturales a solicitar y adquirir derechos mineros para posteriormente traspasarlos generando una utilidad producto del alza de los precios internacionales de los minerales y la consecuente mejora en la demanda de estos activos?”.

CUADRO 24
ACTIVIDAD MINERA EN EL TERRITORIO NACIONAL

Unidades	Unidades Mineras	Área (En hectáreas)	% respecto al territorio concesionado
575	Explotación	1,151,395	4.45%
464	Exploración	418,235	1.62%
254	Cateo y Prospección	101,435	0.39%
86	Construcción	61,858	0.24%
13	Cierre Post - Cierre (Definitivo)	7,775	0.03%
1	Cierre Final	5,194	0.02%
21	Beneficio	4,767	0.02%
	Total	1,750,659	

Fuente: MEM; elaboración: propia.

Fuente: Propuesta Ciudadana

De estos datos anotados por Propuesta Ciudadana, las autorizaciones de exploración en número de 464 y las autorizaciones de explotación en un total de 575 no abrían sido materia de consulta previa. Afirmación que podemos sostenerla a partir de la respuesta obtenida del Ministerio de Energía y Minas, cuando nos informa “*esta dirección no cuenta con la información solicitada*”. Corroborada también en la página web oficial de este ministerio (puede ser consultado en: <http://www.minem.gob.pe/detalle.php?idSector=4&idTitular=7086&idMenu=sub6980&idCATEG=1212>), pues en ella no se registra ningún caso de consulta previa realizado desde la fecha en que entro en vigencia el Convenio 169 de la IOT en nuestro país (02 de febrero de 1995) hasta cuando se emite la *LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) – Ley N° 29785 (06 de setiembre del 2011)*, hechos que nos ayudarían a afirmar preliminarmente que esta organismo estatal no habría cumplido con la obligaciones asumidas por el Estado peruano al momento de ratificar dicha norma internacional.

2.3.Determinación de actos administrativos del sector de minería que debieron ser materia de consulta previa antes de Ley N° 29785

En los apartados precedentes hemos logrado determinar a partir del análisis de las normas del sector de minería cuales son los principales actos administrativos que se emiten entorno al desarrollo de un proyecto minero, de la misma forma cuántos de estos acto administrativos (aproximadamente) se han dado para hacer viable proyectos mineros durante el periodo de 1995 a 2011, finalmente cuántos de estos han sido consultados a pueblos indígenas que se han visto afectados.

Pero como concluimos preliminarmente, no se tiene registro de ningún proceso de consulta previa realizada en materia de minería sino hasta después de la entrada en vigencia de la *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - LEY N° 29785*; debido a que, como sostuvimos anteriormente existen posturas interpretativas sobre en qué momento el Estado peruano estaba obligado a implementar este derecho.

Para hacer análisis de estas posturas de interpretación y tener claridad sobre la actual discusión jurídica, tomaremos algunos extractos de las posiciones tomadas en procesos judiciales que se vienen conociendo en la Corte Superior de Justicia de Puno, de la defensa del Estado peruano y los abogados de comunidades campesinas, En estos procesos judiciales, la variable común es que se exigen la aplicación del derecho a la consulta previa en la fase del otorgamiento de las concesiones mineras, otorgadas por el Instituto Geológico Minero Metalúrgico. En estos procesos se alegan la vulneración de otros derechos de pueblos indígenas, como el territorio, reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT (hechos comunes en los casos), estos son los siguientes.

i. Caso comunidad campesina de Arboleda.

La Comunidad Campesina de Arboleda se encuentra ubicada en el Distrito de Tiquillaca de la Provincia y Departamento de Puno; comunidad de descendencia Quechua, por lo que esta vendría a ser catalogada como parte del “pueblo indígena Quechua”.

Algunos de los hechos son, en el año 2010 y 2011 la empresa BHP Billiton World Exploration inc. Sucursal del Perú, peticiono y obtuvo concesiones mineras en el Distrito de Tiquillaca y en territorio de esta comunidad. Títulos que fueron otorgados por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico del Perú.

El 16 de setiembre del 2011 la Comunidad Campesina Presenta una “*Demanda de Amparo por omisión de consulta previa al momento de otorgamiento de títulos de concesiones mineras*”, signado con el número de expediente N° 01436-2011-0-2101-JM-CI-03 ante el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno; y posteriormente este es elevado al Tribunal Constitucional con expedienten N° 01129-2012-PA/TC (instancia en la que se encuentra actualmente).

Cuadro de posturas tomadas en el proceso

Demandantes	Demandado	Estado y resolución del juzgado
La comunidad campesina en la demanda que planteó, alego: “la omisión de	Entre los principales argumentos de defensa del Ministerio de Energía y Minas	En fecha 12 de octubre mediante la Resolución N° 1 el Tercer Juzgado

<p>consulta previa del Ministerio de Energía y Minas y en concreto de INGEMMET, al no consultar a la comunidad las concesiones mineras otorgadas de los recursos mineros debajo del territorio de la misma, por violación del derecho a la consulta previa (artículo 6 del Convenio 169 de la OIT), el derecho a compartir beneficios de los pueblos indígenas (artículos 15 del Convenio 169 de la OIT), el derecho a la participación (artículo 2.1. y 7.1. del Convenio 169 de la OIT), el derecho a la autodeterminación y a la autonomía de las comunidades campesinas (artículo 7.1. del Convenio 169 de la OIT y 89 de la Constitución Política), el derecho de los pueblos indígenas a priorizar su propia concepción de desarrollo (artículo 7.1. del Convenio 169 de la OIT), el derecho a la identidad cultural y a la integridad</p>	<p>sobre la aplicación del derecho a la consulta previa, sostiene: “[...] el otorgamiento de las concesiones mineras no afectan los derechos colectivos de los pueblos indígenas ni de la población en general, porque:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La concesión minera no concede territorio (predios, terrenos, tierras o cualquier denominación que se refiera a dicho bien) ni autoriza su utilización para la realización de actividades mineras, sino que reconoce derechos exclusivos a un particular sobre el yacimiento mineral, el cual es de todos los peruanos mientras no sean extraídos; por lo tanto la concesión minera no afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre su territorio. • La concesión minera no autoriza la búsqueda ni a extracción de los minerales en los territorios de los pueblos indígenas, 	<p>Mixto (Civil) de Puno declara “IMPROCEDENTE” la demanda en base a los siguientes fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fundamento VI, se argumenta que se impide advertir cual es la medida administrativa o legislativa que afectaría de forma directa a la comunidad campesina a la que pertenecen los demandantes; vale decir, no aparece de manera inequívoca la afectación o existencia de una amenaza cierta e inminente de agresión de derechos fundamentales de la comunidad campesinas. • En su fundamento VIII, se alega: si lo que se quiere es revertir la
--	--	---

<p>social, cultural y física (artículo 2.19 y 89 de la Constitución Política y del artículo 5 del Convenio 169 de la OIT); así mismo, por incumplimiento del Convenio 169 de la OIT que establece proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas contenidos en el artículo 7.3. y 7.4. del Convenio 169 de la OIT; y, por amenaza de violación cierta e inminente del derecho al medio ambiente adecuado (artículo 2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169 de la OIT) y del derecho al recurso natural al agua (artículo 15 del Convenio 169 de la OIT); con la finalidad de que cesen todos los actos de violación de los derechos y que de inmediato se haga suspender las actividades de exploración y explotación que estén realizando o se vayan a realizar”.</p>	<p>ya que dicha actividad debe ser autorizada mediante otras medidas administrativas sustentadas en estudios de impacto ambiental y permisos que se gestionan con posterioridad al otorgamiento de la concesión; por lo tanto la concesión minera no afecta la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas”.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La concesión minera no contiene información sobre el proyectos mineros, ya que dicha información se encuentra en los estudios ambientales, los cuales son realizados con posterioridad al otorgamiento de las concesiones minera; por lo tanto en la concesión minera no existe información relevante que puede ser consultada a los pueblos indígenas”. 	<p>afectación al derecho a la consulta previa, la petición resulta inoportuna-tardía; dado que, dado que la consulta debe de llevarse a cabo de forma previa a la toma de decisión contenida en la medida administrativa o legislativa, en consecuencia la situación se torna en irreparable; debido a que la citada medida ya fue adoptada y genera derechos para sus titulares, quienes han obtenido las mismas bajo el principio de la buena fe, los que deben ser respetados</p>
--	--	--

		dentro del marco jurídico vigente”.
--	--	---

ii. Caso comunidad campesina de San José de Llunco.

La comunidad campesina de San José de Llunco se encuentra ubicada en el Distrito de Atuncolla de la Provincia y Departamento de Puno. Los supuestos hechos lesivos en este caso son similares al anterior. En el mismo periodo, 2010 y 2011 la empresa BHP Billiton World Exploration inc. Sucursal del Perú, peticiono y obtuvo concesiones mineras en el Distrito de Atuncolla (concesiones mineras N°. 3454-2011 de fecha 03 de Junio del 2011, N° 6831-2011 de fecha 08 de Junio del 2011, N° 6823-2011 de fecha 03 Junio de 2011). Concesiones mineras que se ubicaban en el territorio de la comunidad campesina.

Como consecuencia de estos hechos, la comunidad interpone Demanda de Amparo en fecha el 21 de Junio del 2012. Argumentando también la vulneración al derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT al otorgar concesiones mineras inconsultas. Este caso se inicia ante el Tercer Juzgado Mixto de la Corte Superior de Puno, con el expediente N° 00858 – 2012.

Las posturas y argumentos desplegados por las partes en el proceso fueron:

Demandantes	Demandado	Estado y resolución del juzgado
La comunidad campesina de San José de Llunco en su demanda alega que: <ul style="list-style-type: none"> • Que el MINEM e INGEMMET cometieron actos administrativos inconsultos y violación a derecho constitucional de consulta previa, 	En los alegatos de los demandados, estos se enmarcaron en resaltar que: “el INGEMMET no ha incurrido en actos que impliquen la violación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT; pues el título de	El Tercer Juzgado Mixto, en fecha 17 de setiembre del año 2013, resuelve declarando INFUNDADO la demanda, esencialmente bajo el argumento de que lo demandados no han acreditado

<p>reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La violación del derecho al territorio reconocido en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13 y 14. • identidad cultural y a la integridad social, cultural y física (artículo 2.19 y 89 de la Constitución Política y del artículo 5 del Convenio 169 de la OIT), entre otros. 	<p>concesión minera no se encuentra sujeto al procedimiento de consulta previa, que este acto administrativo no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación de minerales, que el titular de la concesión minera está sujeto la obtención de la correspondiente certificación ambiental”.</p>	<p>fehacientemente el acto administrativo que violo e derecho a la consulta previa, la fecha de su emisión, el estado en el que se encuentran; además el juzgado resalta que, <i>“el Estado cuanta con mecanismos legales destinados a proteger y promover los derechos presumiblemente lesionados invocados. Así los estudios de impacto ambiental [...] son herramientas que permitirán futuros daños a terceros o al ecosistema y la Ley y Reglamento de participación ciudadana son un mecanismo de participación responsable en los procesos de toma de decisiones”.</i></p>
--	---	---

iii. Caso comunidades de Atuncolla

Las comunidades campesinas de Palcamayo, Moyogachi, Colca, Patacancha, Ticani Pampa, San José de Principio de Santa Cruz, Virgen Soledad de Cochela, San Jerónimo de Ullagachi, Micaela Bastidas de Yanamojo, San Antonio de Umayo Y Jipa Grande y Chico ubicadas en el Distrito de Atuncolla de la Provincia y Departamento de Puno, en fecha 17 de diciembre del 2012 presentaron una demanda de aparo; al igual que en los casos anteriores, por la violación del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

En los años 2010 y 2011 la empresa BHP billiton World Exploration inc. Sucursal del Perú, con RUC 20507133003, peticiono y obtuvo concesiones mineras en el Distrito de Atuncolla (concesiones mineras N° 3454-2011 de fecha 03 de Junio del 2011, N° 6831-2011 de fecha 08 de Junio del 2011, N° 6823-2011 de fecha 03 Junio de 2011). Distrito en el que se encuentran los territorios de las comunidades demandantes.

Este procesos es tramitado ante el Tercer Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Puno con el expediente N° Expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, instancia que en diciembre del 2014 declaro infundada la demanda. Proceso que en recursos de apelación fue resuelto por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia en noviembre del 2016 declarándola parcialmente fundada.

Las posturas y argumentos desplegados por las partes en el proceso fueron:

Demandantes	Demandado	Estado y resolución del juzgado
Los demandantes peticionan al Juzgado que: “[...] ordene que se realice proceso de consulta previa en las comunidades afectadas con el acto administrativo de concesión minera inconsulto, conforme al Convenio 169 OIT y la Constitución Política	La defensa de MINEM, en este caso sostiene que: “[...] los demandantes no han señalado si la Empresa Minera, ha iniciado actividades de exploración de manera cierta, ni mucho menos si se halla aprobado algún estudio de impacto	El 14 de noviembre del año 2016, la 1ra Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que conoció este caso en segunda instancia, emitió la sentencia favorable para las comunidades

<p>del Perú; b) En consecuencia ordene a todas las autoridades del Ministerio de Energía y Minas y de INGEMMET, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, ordenen suspender las actividades de exploración y explotación que estén realizando o vayan a realizar el desarrollo de la concesión minera antes referida; c) Ordenar al Ministerio de Energía y Minas y a INGEMMET realicen la consulta previa y que obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las actividades de exploración y explotación de las concesiones mineras, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta aprobado por Decreto Supremo número 001-2012-MC y el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; d) Ordenar al</p>	<p>ambiental a favor de la Empresa Minera; por lo tanto, no acreditarían lesión a su derecho a la consulta previa”. De la forma la defensa de INGEMMET sostuvo que: “[...] no incurrió en acto alguno que implique la violación de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa; y, asimismo, el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de exploración o explotación minera”. De la misma manera la empresa BHP Billinton World Exploration Inc. Sucursal del Perú (‘BHPWEI’), pidió al Juzgado declare infundada la demanda, en síntesis, porque la empresa demandada sólo ostenta la titularidad de las</p>	<p>campesinas demandantes, sobre todo amparando sus derechos sobre los territorios ancestrales, sentencia que también se aplica a las comunidades campesinas y nativas de todo el Perú. Lo más importante de esta decisión jurisdiccional es que, ha ordenado al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), que en el futuro, no emita concesiones mineras si es que antes estas no han sido consultadas de acuerdo al convenio 169 de la OIT, con las comunidades campesinas propietarias de los territorios ancestrales sobre las que se superpone estas concesiones mineras.</p>
---	---	--

<p>Ministerio de Energía y Minas y al INGEMMET que al momento de realizar el proceso de consulta y en caso de consentimiento de los pueblos indígenas de la exploración y explotación de las concesiones mineras, se fije de qué forma las Comunidades Campesinas se van a beneficiar de la actividad minera; e) Tutelar su patrimonio cultural, reconocidos y no reconocidos, asegurándose la protección de los restos arqueológicos ubicados en las Comunidades del Distrito de Atuncolla; y, f) Asegurar y garantizar el derecho de las Comunidades Campesinas en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica, por las razones que exponen en dicha demanda”.</p>	<p>concesiones mineras cuestionadas, puesto que no ha continuado con las etapas correspondientes al proceso necesario para la obtención de autorización para la realización de actividades mineras (exploración y extracción); y, la regulación del derecho a la consulta previa contenido en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, no es exigible a los efectos de otorgar una concesión minera, puesto que la concesión minera es insuficiente para la realización de cualquier actividad de exploración o de explotación.</p>	
---	---	--

iv. Caso de la Comunidad campesina de Jatucachi

La Comunidad Campesina de Jatucachi se encuentra ubicada en el Distrito de Pichacani de la Provincia y Departamento de Puno. Comunidad aymara. Durante los años 2009 y 2015 el Ministerio de Energía y Minas y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico expidieron concesiones mineras con los códigos: “010562708 –

ANTUQUITO I”, “010279710 – CUSMINE UNO”, “010279510 – CUSMINE DOS”, “010279610 – CUSMINE TRES”, “010422808 – RICKY 1”, “010127315 – TANIA 2015”, “010000109L - ACUMULACIÓN MARIELA”, “010285611 - ALEJANDRA I”, “010576910 – TOCONAO 0947”, “010578610 - TOCONAO 0961”, “010578510 - TOCONAO 0960”, “010577710 - TOCONAO 0953”, “010578210 - TOCONAO 0957”; concesiones otorgadas a favor de las empresas: Distribuidora Logística y Transporte S.A. y otros, Fresno Perú S.A.C., Fresno Perú S.A.C., Fresno Perú S.A.C., Minera del Suroestes S.A.C., Minera del Norte S.A., Aruntani S.A.C., Minera Barrik Misquichilca S.A., BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú, BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú y BHP Billiton World Exploration Inc. Sucursal del Perú, respectivamente. Las cuales se sobreponían al territorio de la comunidad campesina de Jatucachi.

Debido a estos hechos, la comunidad campesina el 31 de Agosto del año 2015 presentó la demanda una Demanda de Amparo, alegando la violación del derecho a la consulta previa y territorio reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Proceso que se tramita ante el Tercer Juzgado Mixto de la ciudad de Puno, signado con el número de expediente 01832 – 2015.

Las posturas y argumentos desplegados por las partes en el proceso fueron:

Demandantes	Demandado	Estado y resolución del juzgado
En el proceso la comunidad peticiona: “[...] se declare la nulidad de las concesiones minera, las mismas que se encuentran dentro del territorio indígena Aymara, por la omisión al Derecho Fundamental de la Consulta Previa, y que	La procuraduría publica a cargo de Ministerio de Energía y Minas, solicitó que ésta demanda se declare infundada; alegando que, los recursos naturales son patrimonio de la Nación por lo que el Estado ha diseñado mecanismos para su aprovechamiento económico por particulares; que, la	En este caso el juzgado resolvió declarando FUNDADO el proceso de AMPARO en contra del MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS, el INSTITUTO GEOLÓGICO,

<p>se realice la consulta previa en debida forma y extender a todas las comunidades que puedan ser afectadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera. Haciendo cesar de este modo la violación a sus derechos de propiedad comunal sobre territorios y a su identidad cultural y religiosa.</p>	<p>concesión minera es una figura mediante la cual el estado le da derecho a un tercero previo cumplimiento de los requisitos ambientales y del acceso al predio superficial; no otorgando la propiedad del suelo sino que esta podría obtenerse de sus respectivos dueños mediante la compra contrato de alquiler o cualquier otra modalidad que permita la legislación vigente; y que, el reglamento en concordancia con el convenio 169 de la OIT señala en su artículo 4° que el derecho a la consulta se deberá realizar con anterioridad al inicio o realización de la actividad minera, que la accionante no ha señalado si la empresa minera ha iniciado actividades de explotación de manera cierta; ni ha señalado si se ha aprobado algún estudio de impacto ambiental a favor de la empresa en las áreas concesionadas, consecuentemente no se acredita lesión de derecho a la consulta previa, ni la puesta en peligro de sus costumbres y cultura.</p>	<p>MINERO Y METALURGICO (INGEMMET), declarando la NULIDAD de las 13 concesiones mineras, por omisión a la consulta previa de dichos actos administrativos a las comunidades campesinas afectadas; al igual que ordena se realice la consulta previa en debida forma, en los procedimientos administrativos declarados nulos.</p>
---	--	--

	<p>De la misma forma la defensa de INGEMMET sostuvo que “no ha incurrido en acto alguno que implique la violación de los derechos reconocidos por el convenio 169 de OIT, no encontrándose sujeto el título de concesión minera al procedimiento de consulta previa, el acto administrativo de otorgamiento de título de concesión minera, no autoriza el inicio de actividades de explotación o exploración minera, quedando el titular de la actividad sujeto a la obtención de la correspondiente certificación Ambiental otorgada por la autoridad pertinente del Ministerio de Energía y Minas o del Gobierno Regional correspondiente. Ampara, su absolucón en el Convenio OIT 169 artículos 6° y 15°, Ley N° 29785, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Decreto Supremo N° 014-92-EM, Decreto Supremo N° 018-92-EM, Ley N° 26505, Decreto Supremo N° 017-96-AG, Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Ley N°</p>	
--	--	--

	27446, y, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAN”.	
--	--	--

Uno de los puntos que sale a relucir en estos casos constitucionales tanto para las partes como para los juzgados es, *lograra determinar si la medida administrativa (concesión minera) afecta directamente o no a la comunidad campesina (pueblo indígena)*, por lo que nos plantea la necesidad de esbozar conceptualmente cuando existe una afectación directa a un pueblo indígena por una medida administrativa; que deberá ser materia de consulta previa. Aclarar esta interrogante nos ayudará a dar respuesta nuestras interrogantes.

2.4.La susceptibilidad de afectación directa de las medidas administrativas en el Convenio 169 y los estándares comparados

En principio debemos entender que, como se ha mencionado en los procesos constitucionales analizados en el acápite anterior, la *afectación directa* a un pueblo indígena por una medida administrativa es una condicionante para que se haga efectiva la aplicación del derecho a la consulta previa. Bajo este supuesto el Convenio 169 de la OIT no ha definido qué debe entenderse por “*afectación directa*”. Parece este el escenario para aplicar la regla de la flexibilidad, de modo que cada Estado debe fijar su estándar según sus propias particularidades, sin dejar de lado a los principios y estándares que regulan la consulta previa como la buena fe. Partimos de este supuesto pensando en que, todos los pueblos indígenas en los distintos Estados son diferentes, estando unos más integrados que otros, de modo que una misma medida no será susceptible de afectarles directamente o de la misma manera.

Por su parte El Relator Especial, James Anaya en el documento sobre “*Comentarios del Relator Especial Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Relación con el Borrador Preliminar de Reglamento Para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Guatemala)*”, hace las siguientes anotaciones sobre cómo se debería de entender este concepto de afectación. Esto en su apartado 2. *La definición del ámbito de aplicación:*

[...]15. Por otra parte, el Borrador del Reglamento subraya que las consultas a los pueblos indígenas deben producirse en relación con las medidas “que incidan directa, exclusiva y únicamente” a los pueblos indígenas. Es cierto, que el

Convenio 169 señala que el deber de celebrar consulta con los pueblos indígenas se aplica en relación con las medidas que puedan tener un impacto directo sobre estos pueblos. Como ha señalado el Relator Especial, “[s]ería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una o otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población”.

16. Sin embargo, la afectación directa a los intereses de los pueblos indígenas no implica necesariamente que la medida propuesta afecte únicamente a dichos pueblos. La justificación del reconocimiento de un deber específico de consultar a los pueblos indígenas, tal y como se reconoce en las normas internacionales, es la de garantizar que sus puntos de vista sean tomados en cuenta “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”. Pero de ello no se deriva que la afectación a estos pueblos sea única y exclusiva:

Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. 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.

Entonces son los Estados quienes deben establecer cuándo una medida administrativa puede afectar directamente a los pueblos indígenas, bajo los estándares contenidos en el Convenio 169 de la OIT. En el caso peruano y bajo este supuesto, es oportuno hacer revisión de algunas de las medidas que ha tomado nuestro país para aclarar “*la afectación directa*”; para esto nos remitimos a la publicación realizada por el Ministerio de Cultura,

“DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS”
(2016), que en su capítulo 4 desarrolla:

4.1 EN RELACIÓN AL “ACTO LESIVO” Y LA “AFECTACIÓN DIRECTA”

a) *El concepto de acto lesivo alude a la idea de lesión efectiva en el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Por ello, frente a esa lesión, se instaura el proceso constitucional de amparo como mecanismo de defensa del derecho para reponer las cosas al estado anterior a la violación o lesión.*

b) *En cambio, la noción de afectación directa alude a la idea de posibilidad o probabilidad, pues, según la normativa vigente, las medidas legislativas o administrativas “pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. En esta medida la idea de afectación directa estaría conectada con un acto que potencial o probablemente podría afectar positiva o negativamente la situación o cómo el pueblo ejerce actualmente un derecho colectivo. Por ello, consideramos que una medida legislativa y administrativa que podría “producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de pueblos indígenas” se asemejaría, según el criterio de temporalidad, a un acto futuro o de amenaza cierta e inminente de afectación en los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Es en este caso en que debería realizarse la consulta previa. Por otro lado, frente a las lesiones a los derechos colectivos producidos por actos pasados o presentes, corresponderá, en cambio, la puesta en marcha de otro tipo de medidas, tales como las sanciones, compensaciones o indemnizaciones, conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico vigente.*

c) *Cabe añadir que las medidas legislativas y administrativas, si bien afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, esta afectación no solo podría ser negativa, sino que también podrían significar algún tipo de incidencia positiva, en el sentido de optimizar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En la experiencia jurisprudencial peruana y en la interamericana siempre se han resuelto casos vinculados con vulneraciones o presuntas lesiones a derechos colectivos de los pueblos indígenas; es decir*

medidas con una incidencia negativa en los derechos colectivos. Sin embargo, el Estado también puede aprobar medidas legislativas y administrativas que impliquen el desarrollo de actividades que ejerzan una incidencia positiva en el goce y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

d) La medida legislativa o administrativa siempre supondrá la realización de algún tipo de actividad. En dicho sentido, tratándose de medidas legislativas se deberá elaborar el proyecto de ley, se debatirá en las comisiones del Parlamento y se aprobará en el pleno. En cambio, en el ámbito de las medidas administrativas, se procederá a elaborar el proyecto de medida administrativa (elaboración de estudios, informes y consultorías), reuniones internas para elaborar y discutir los anteproyectos y proyectos, conformación del expediente técnico (cuando corresponda), pre-publicación de los proyectos normativos, entre otras acciones, dependiendo de la específica medida administrativa a implementar.

e) Como señalamos, la medida legislativa o administrativa a ser aprobada o implementada que pueda afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, debe sustentarse en el cumplimiento o satisfacción de otro derecho fundamental, bien o principio constitucional (ver numeral 2, subnumeral 2.1, literal b del presente documento). Asimismo, solo si la medida supera el test de proporcionalidad debería ser objeto de consulta previa, en tanto estaría limitando de manera legítima derechos colectivos de los pueblos indígenas.

4.2 ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL CONCEPTO DE AFECTACIÓN DIRECTA

El Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N° 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en su situación jurídica. Sin embargo, hay otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo” (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 19). En efecto, señala el Tribunal: “una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación

directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas, esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas” (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 20). Por ello, el Tribunal señala que habría tres tipos de medidas legislativas que podrían afectar los derechos colectivos. Primero, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en los DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS que la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. De otro lado, según el Tribunal tendríamos a las normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas, que no pasarían por consulta previa. En tercer lugar, medidas legislativas de alcance general que requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas y que, por ende, tales referencias tendrán que ser materia de una consulta (sentencia del EXP 00022-2009-PI, fundamento 21). Consideramos que es apropiado revisar los conceptos de situación jurídica y derecho fundamental para, a partir de ello, identificar los cambios en las situaciones jurídicas y el ejercicio de los derechos colectivos. (Pág. 52 y sig.)

Hasta aquí podemos concluir que, la “afectación directa” es un elemento condicionante para la aplicación y exigibilidad de derecho a la consulta previa; el mismo que puede parecerse menos claro y potencialmente conflictivo debido a la subjetividad propia de determinar qué es susceptible de afectar o no de manera directa a los pueblos indígenas, presupuesto que nos llevará a determinar si un pueblo es o no un "pueblo interesado" y por lo tanto, sujetos del derecho a consulta previa. La razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del Derecho, inmiscuyéndose en incluso en el campo de la antropología debido a los elementos culturales y sociales que deben ser analizados para determinar si hay o no afectación directa a un pueblo.

Para tal determinación, a la luz de la jurisprudencia internacional, nacional y la postura del Estado peruano podemos afirmar que el criterio para determinar si una medida administrativa afecta o no directamente a un pueblo indígena es cuando esta medida

estaría conectada con un acto que potencial o probablemente podría afectar positiva o negativamente la situación o cómo el pueblo ejerce actualmente un derecho colectivo; como cuando una medida administrativa “producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de pueblos indígenas”, y no dejando de lado el criterio de temporalidad, a un acto futuro o de amenaza cierta e inminente de afectación en los derechos.

Habiendo aclarado el concepto de “afectación directa” como un elemento importante para determinar que actos administrativos del sector de minería, emitidos ante de la Ley 29785, pasamos a evaluar qué acto debió ser materia de consulta previa, en el siguiente cuadro.

Acto administrativo	Afecta directamente	Cambio que produce en el PP. II.	Debió ser materia de consulta previa
1. Concesión minera	SI	<p>En los acápites anteriores logramos determinar que la consulta previa debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto (extractivo) que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos; y en nuestro ordenamiento jurídico el primer acto administrativo es la concesión minera, aun cuando este acto solo otorgue derechos expectaticios.</p> <p>Para la CIDH, en el caso Saramaka, Preciso en su fundamento 129 que “[...] el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen</p>	SI

		<p>un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”.</p>	
2.Concesión de beneficio	SI	<p>Entendiendo que la concesión de beneficio “otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales”, lo cual implica el desarrollo de actividades materiales en el territorio de un pueblo indígena.</p> <p>Por lo que deviene, evidentemente, en la alteración del espacio geográfico del territorio es decir en su uso, lo cual también es una afectación al derecho al territorio del pueblo indígena; pudiendo ponerse en riesgo la relación espiritual y material.</p>	SI
3.Concesión de labor general	SI	<p>Como definimos anteriormente, la concesión de labor general implica la “actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios”. Al igual que “la concesión de labor general otorga a su titular el derecho a prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras”.</p> <p>Como en el caso anterior, al desarrollarse estas actividades será llevadas a cabo dentro del territorio de un pueblo indígena poniéndola en riesgo, razón por la cual si existiría la posibilidad cierta de afectación a este derecho.</p>	SI
4.Concesión de transporte minero		<p>Cuando se otorgue la concesión de transporte minero confiere a un titular, este le concederá “el derecho de instalar y operar un sistema de transporte masivo continuo de productos minerales entre uno o varios centros mineros y un puerto o planta de beneficio, o una refinería o en uno o más tramos de estos trayectos”.</p>	

	SI	Bajo este supuesto y de desarrollarse dentro del espacio del territorio de uno o más pueblos indígenas es evidente que se hará un uso continuo de este espacio para trasladar los productos mineras de un lugar a otro. Entonces este acto o actos, implicaran limitaciones en uso y disfrute del territorio y afectación, en algunos casos, al aprovechamiento de los recursos naturales. Por lo que también, es una afectación directa al derecho de territorio.	SI
5.Autorización de exploración	SI	Para el caso de las autorizaciones de exploración, queda claro que implicarán actividades directas en un territorio para lograr determinar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos mineros. El proceso y desarrollo de estas acciones, no cabe duda que abra una intervención directa en el territorio por un tiempo corto, pero que puede alterar y afectar gravemente los elementos del territorio, afectando así este derecho. No cabe duda, en este supuesto que un pueblo indígena será afectado directamente cuando se desarrolle exploración en su entorno.	SI
6.Autorización de explotación	SI	No queda duda alguna que, cuando se otorgue la autorización de explotación a un titular, este implicara el desarrollo de una actividad extractiva, llevándose a cabo actividades que hacen posible la explotación de mineral contenido en un yacimiento. En este proceso, que puede durar décadas, implicaría afectaciones directas al territorio, medio ambiente, identidad y cultura, y en otros casos desplazamientos cuando el proyecto minero sea de grandes dimensiones; todos estos elementos y otros que pudieran identificarse, conforme a las particularidades de un pueblo indígena, hacen necesaria la aplicación de la consulta previa en ante el otorgamiento de este acto administrativo.	SI

En este primer acápite concluimos que, de análisis del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM*, *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - DECRETO SUPREMO N° 03-94-EM* y el *Reglamento de Procedimientos Mineros - DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM* que regulan el desarrollo de un proyecto minero, de la revisión del Convenio N° 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional y nacional en materia de consulta previa; los actos administrativos emitidos en este sector que pueden afectar directamente a un pueblo indígena y por tanto deberían haber sido materia de consulta previa por el Estado peruano son: *i) Concesión minera, ii) Concesión de beneficio, iii) Concesión de labor general, iv) Concesión de transporte minero, v) Autorización de exploración, y vi) Autorización de explotación*. Lamentablemente, como concluimos en el acápite anterior, el Estado peruano desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT has antes de la emisión de la Ley N° 29785 no llevo a delante ningún proceso de consulta previa para ninguno de estos actos administrativos, lo cual desde nuestra posición abría devenido, de acuerdo a cada caso, en la afectación de los derechos de los pueblos indígenas como a la consulta previa, territorio, identidad cultural, medio ambiente entre otros.

Esta posición, también coincide con la mantenida por la Corte IDH en el caso *PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR*, *sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)*. En sus siguientes fundamentos:

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y

desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes

a) La consulta debe ser realizada con carácter previo

180. En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

2.5. Actos administrativos no consultados y sus efectos sociales y jurídicos

El Estado peruano al haber omitido el cumplimiento de buena fe las obligaciones que contrajo con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, en especial la aplicación del derecho a la consulta previa, genero efectos directos en la vida e integridad de los pueblos indígenas, quienes tuvieron que aceptar el desarrollo de proyectos extractivos en su territorio sin una plena participación, y en algunos casos incluso sin su consentimiento. Este hecho no solo implicó una grave afectación a sus derechos e integridad, sino también la obligación de asumir una nueva forma de desarrollo, transformando así su cultura, sociedad y organización.

Ruiz, J. (2013) sostiene que los efectos de la omisión de la aplicación del derecho a la consulta previa son diversos (posición que compartimos), siendo en algunos casos daños que debería ser reparados. Los tipos de daños pueden ser los siguientes:

b) Pérdida o amenaza de la vida y la integridad física.

Los pueblos indígenas han sido permanentemente víctima de amenazas, hostigamientos, persecuciones, criminalización de dirigentes, incluso ha habido

asesinato, masacres, desapariciones, torturas, desplazamientos forzados, etc. La reparación

c) Pérdida del disfrute del territorio como ámbito de vida cultural, social, económica y espiritual.

El territorio para los pueblos indígenas tiene una función especial que va más allá de la función económica o agropecuaria. Por eso, restricciones inconsultas o ilegítimas al disfrute de los derechos territoriales deben ser reparados. Es por ello que tiene una protección reforzada en el derecho internacional de los pueblos indígenas. Partiendo de que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas se sustenta jurídicamente en la simple posesión ancestral, cualquier esfuerzo de reparación debe comenzar por titular los territorios de estos, y por abstenerse de concesionar territorios de pueblos indígenas que no han sido titulados, la base normativa estaría en el derecho al territorio contenido en el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT.

d) Daños ambientales

Al respecto el medio ambiente es una condición para el ejercicio de los demás derechos. Es por ello que los daños ambientales, como la contaminación del agua y de los suelos, la deforestación, el ruido que ahuyenta a los animales, el deterioro del paisaje, la disminución de la diversidad biológica y la de los recursos naturales, pueden generar daños muy graves a los pueblos indígenas. El artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT garantiza el acceso a los recursos naturales y el artículo 23.1 del mismo convenio precisa que ellos son condiciones de subsistencia de estos pueblos. Estos daños pueden surgir como consecuencia de actividades extractivas, de construcción de obras de infraestructura, de mono cultivos, etc. La reparación no solo debe contribuir a prevenir, mitigar o compensar los daños ambientales, sino enfrenar sus consecuencias.

e) Daños a la integridad cultural

No solo se puede afectar los territorios o el medio ambiente, la afectación a estos elementos también afecta la cultura de un pueblo indígena. El desplazamiento de un pueblo de su territorio puede que no afecte el derecho a la vida de sus integrantes, pero puede amenazar la existencia del pueblo en tanto pueblo, o

puede obligar a modificar sus costumbres para adaptarse a las nuevas condiciones. Puede romper la continuidad cultural entre las distintas generaciones. Puede que aparentemente no afecte el patrimonio material de la comunidad, pero puede afectar la cosmovisión, las creencias religiosas, sus lugares sagrados, la relación espiritual que tiene con su territorio. En este aspecto, las reparaciones deben contribuir a enfrentar situaciones de despojo cultural y a fortalecer los elementos que han sido debilitados.

f) Daños a la integridad social y económica

Las actividades extractivas también pueden poner en peligro las actividades económicas, el modelo de desarrollo y los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas. Nos referimos a los derechos a la salud, la educación, vivienda, el trabajo colectivo y alimentación. Todos estos daños deben ser reparados. Las reparaciones tienen como objetivo restablecer el disfrute de los derechos a la educación, salud, trabajo propio y vivienda. Pero además, se puede afectar el proyecto de desarrollo de la comunidad.

g) Daños a la integridad política u organizativa.

Dice una famosa jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que debe de minimizar la intervención en los pueblos indígenas y maximizar la autonomía, pues a mayor autonomía mayor posibilidades de subsistencia. Esa es precisamente la que se ve afectada cuando las actividades extractivas quieren ingresar al territorio de los pueblos indígenas, dividen y quiebran a las organizaciones, debilitándolas, corrompiendo a las dirigencias, y en definitiva volviéndolas vulnerables. Ni que decir cuando se criminaliza y se persigue a los líderes de los pueblos indígenas. En este caso, las reparaciones pueden ayudar a encontrar formas de restablecer la integridad política y organizativa de los pueblos indígenas.

h) Daños a las esperanzas y expectativas hacia el futuro.

La violación a los derechos de los pueblos indígenas afecta sin lugar a duda el proyecto de vida o el plan de vida colectivo de los pueblos indígenas. La persona, individual o colectivamente consideradas, tiene derecho a soñar y a tener esperanzas hacia el futuro de acuerdo con su pensamiento y cosmovisión. Los

pueblos indígenas consideradas como un colectivo, tiene esperanzas respecto a su futuro y el de las generaciones venideras.

- i) Las mujeres, niños y los mayores son con frecuencia víctimas invisibles de violaciones muy graves y diferenciadas a sus derechos.*

Las violaciones a los derechos afectan a los sectores que tienen mayor grado de vulnerabilidad en sus derechos. No a todos afecta de la misma forma sino de manera diferenciada, lo cual obliga al Estado a proteger y dar respuesta de forma diferenciada. Esta situación se hace más clamorosa cuando hay desplazamientos. (Pág. 135 y sig.).

Como bien sostiene Ruiz, J. los efectos que se pueden producir como consecuencia del desarrollo de proyectos de mineros en territorio de pueblos indígenas, devienen en diversos impactos impactos; y, estos inevitablemente en daños a su territorio, medio ambiente, cultura, forma de vida, salud, etc.

Una muestra de esta situación, de vulneración de derechos, son los conflictos socio ambientales que se produjeron durante el periodo de 1995 a 2011. Como bien lo reporto en su momento la *Unidad de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo, en su Informe Mensual de diciembre del año 2011*, reporto que se contabilizaron 223 conflictos sociales, de los cuales 149 se encontraban activos (67%) y 74 en estado latente (33%). Con relación a los tipos de conflictos se precisa que 126 casos (56,5% del total) son de naturaleza socioambiental; y, las regiones que tuvieron mayor cantidad de conflictos son Puno (21), Áncash (20) y Cajamarca (17), regiones en las cuales se asientan los principales proyectos mineros de nuestro país.

2.6.Responsabilidad del Estado Peruano

Habiendo determinado que el Estado peruano ha incumplido con los compromisos internacionales asumidos con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en el sector de minería, al emitir actos administrativos que autorizaron el desarrollo de proyectos mineros y actividades conexas en territorio indígena, y que pudieron haber llevado a la afectación de los derechos de los pueblos indígenas y su integridad, queda pendiente aclarar cuál es la responsabilidad del Estado peruano.

Novak, F. & García-Corrochano, L. nos sugieren entender la responsabilidad internacional como:

[...] la responsabilidad internacional del Estado deriva de la mera transgresión de una obligación jurídica internacional, mientras que para otros, adicionalmente debe existir una conducta dolosa o culposa por parte del Estado infractor. (Pág. 397).

Debemos anotar también que las acciones que incumplen una obligación internacional pueden provenir indistintamente de un poder del Estado, ejecutivo, legislativo o judicial, pero aun así el Estado es responsable por esos actos.

Para determinar si existe responsabilidad internacional deben cumplirse los siguientes elementos, como anota el autor *Sorensen, M. (1985)*:

Los elementos esenciales para el establecimiento de la responsabilidad internacional pueden resumirse así:

- 1) *Existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla del derecho internacional vigente entre el estado responsable.*
- 2) *El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.*
- 3) *Debe haberse producido un perjuicio o daño como consecuencia del acto ilícito. (Pág. 508).*

Bajo esta definición y elementos para establecer en que situaciones existirá una responsabilidad del Estado, queda hacer una correlación con nuestra presente investigación, para establecer si el Estado peruano tiene responsabilidad por el incumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT.

Como establecimos inicialmente, el Estado peruano ratificó válidamente el Convenio N° 169 de la OIT, estando vigente en nuestro país desde el año de 1995. La norma que consideramos fue violada es la aplicación del derecho a la consulta previa, por la emisión de los diversos actos administrativos sin consulta, los cuales fueron emitidos por el MINEM e INGEMMET, concediendo derechos o autorizando acciones con el fin de desarrollar proyectos mineros en territorio de pueblos indígenas. En concordancia con las conclusiones llegadas en el capítulo anterior, vemos que se cometieron acciones omisivas del cumplimiento de esta norma internacional; y que al momento de su realización, estaban vigentes las disposiciones de este convenio. Respecto de los daños que se produjeron como consecuencia de ello, si bien no pudimos demostrarla individualizada

mente, abrían muchos elementos materiales que nos harían presumir de su existencia, como las situaciones de desplazamientos.

Entonces, el Estado peruano si tiene responsabilidad internacional por la violación del derecho a la consulta previa al emitir actos administrativos de *i) Concesión minera, ii) Concesión de beneficio, iii) Concesión de labor general, iv) Concesión de transporte minero, v) Autorización de exploración, y vi) Autorización de explotación sin antes haber llevado adelante la consulta a los pueblos afectados; más aun teniendo en cuenta que, tribunales peruanos han reconocido este hecho. Lo cual nos llega a plantearnos lo siguiente. Si el Estado peruano tiene responsabilidad por la violación de este tratado, que derecho les asiste a las víctimas (pueblos indígenas).*

La primera respuesta la encontramos en los principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos, “*la reparación*”. Pero como debemos entender la reparación en el ámbito de los derechos humanos.

Steiner, C./Uribe, P. y otros (2014), nos da una aproximación a cómo debemos entender este principio.

En caso de violación a los derechos humanos, el Estado deberá reparar a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha establecido que el derecho a la reparación es un principio de derecho internacional. En este sentido, toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Así, el tribunal interamericano ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum); lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación de los daños patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo el daño moral. (Pág. 53).

Habiendo determinado el daño a los pueblos indígenas, nos quedaría finalmente plantearnos cuales sería esas medidas de reparación integral para estos pueblos. Para ello tomamos como base los avances hechos por la Corte IDH en esta materia, los cuales pueden ser consultados en la publicación “*Pueblos Indígenas y Tribales*” Cuadernillo de

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°11, de la Corte Interamericana de *Derechos Humanos* y *Konrad Adenauer Stiftung*. En esta publicación en sus apartados 4 y 5 la Corte plantea algunas medidas pecuniarias, de restablecimiento y garantía de no repetición para pueblos indígenas que se vieron afectadas por proyectos extractivos desarrollado en su territorio.

1. Reparaciones pecuniarias

a. Daño material

Es innegable la posibilidad de que un pueblo puede sufrir daños materiales como los gastos en que incurrir en los trámite legales, los que deja de percibir como consecuencia de desmedro de su territorio o la pérdida de cultivos, etc. Claramente los supuestos son diversos. Estas situaciones hacen necesaria una reparación económica. Como bien la Corte IDH lo señalo en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

315. El Tribunal hace notar que no han sido aportados elementos probatorios suficientes y específicos para determinar el ingreso dejado de percibir por miembros del Pueblo Sarayaku por la paralización de sus actividades en algunos períodos, así como por la siembra y venta de los productos que dejaron de realizarse en las chacras, por los alegados gastos para complementar su dieta ante la falta de alimentos en algunos períodos o por las afectaciones al turismo comunitario. Además, la Corte nota que los montos solicitados por concepto de daño material varían significativamente entre el escrito de solicitudes y los alegatos finales escritos remitidos por los representantes. Si bien se entiende lo anterior por la diferencia en el número de familias inicialmente señalado y el que surgió luego del censo realizado en Sarayaku, no están claras las diferencias en los criterios propuestos por los representantes para calcular los daños materiales. Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, es razonable presumir que los hechos provocaron una serie de gastos e ingresos dejados de percibir, que debieron ser enfrentados por los miembros del Pueblo Sarayaku, el cual vio afectadas sus posibilidades de uso y goce de los recursos de su territorio, particularmente por la restricción de áreas de caza, de pesca y de subsistencia en general. Además, por la propia ubicación y modo de vida del Pueblo Sarayaku, es comprensible la dificultad para demostrar esas pérdidas y daños materiales.

316. Asimismo, si bien no fueron aportados documentos de soporte de gastos, es razonable estimar que las acciones y gestiones realizadas por miembros del

Pueblo generaron gastos que deben ser considerados como daño emergente, en particular en lo referente a las acciones o diligencias realizadas para mantener reuniones con diferentes autoridades públicas y otras comunidades, por lo que sus líderes o miembros han tenido que desplazarse. Por todo lo anterior, la Corte determina en equidad una compensación por los daños materiales ocurridos, tomando en cuenta que: i) miembros del Pueblo Sarayaku incurrieron en gastos para realizar acciones y gestiones a nivel interno para reclamar la protección de sus derechos; ii) su territorio y recursos naturales fueron dañados, y iii) el Pueblo habría visto afectada su situación económica por la paralización de actividades productivas en determinados períodos. 317. En consecuencia, la Corte fija una compensación de USD\$ 90.000.00 (noventa mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño material, la cual deberá ser entregada a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta), en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que inviertan el dinero en lo que el Pueblo decida, conforme a sus propios mecanismos e instituciones de toma de decisiones, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios. (CIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 2012. Fundamentos 315 y 316).

b. Daño inmaterial

Para la Corte IDH también pueden haber daños inmateriales a los pueblos indígenas, como el no garantizarles la seguridad jurídica sobre ellas o limitarles el acceso, que el territorio para estos pueblos tiene una implicancia materia y espiritual no cuantificable. De la misma forma por ejemplo son los daños ambientales que representan un desmedro para su forma de vida. Algunas de estas situaciones fueron desarrolladas por la Corte en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*.

220. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye, per se, una forma de reparación. No obstante, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, las alteraciones de las condiciones de existencia de las víctimas y sus consecuencias de orden no material o no

pecuniario, la Corte estima pertinente que los daños inmateriales deben ser reparados.

221. Este Tribunal nota que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales, deben ser valoradas por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial.

226. Por otro lado, a la luz de las conclusiones realizadas en el capítulo del presente fallo sobre el artículo 4.1 de la Convención, ante la existencia de base suficiente para presumir el sufrimiento padecido por las personas fallecidas, en su mayoría niños y niñas, bajo las condiciones descritas anteriormente [...], la Corte considera procedente, conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, que el Estado pague la suma compensatoria de US \$20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional, a cada uno de los 17 miembros de la Comunidad que fallecieron como consecuencia de los hechos del presente caso [...]. Este monto deberá ser distribuido entre los familiares de las víctimas conforme a las propias prácticas culturales de la Comunidad Sawhoyamaxa. (CIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. 2006. Fundamentos 22).

Al igual que en el caso del *Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*.

200. En el capítulo anterior la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo Saramaka tiene con su territorio [...]. Asimismo, existe prueba que indica el sufrimiento y la angustia que el pueblo Saramaka ha atravesado como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado durante siglos [...]. Todo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización.

201. *Por estas razones, la Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares estadounidenses) a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka. El Estado deberá designar dicha cantidad para el establecimiento de este fondo de desarrollo de conformidad con lo establecido en el párrafo 208 de la presente Sentencia.*

202. *El Estado deberá crear un comité, compuesto por tres miembros, el cual será responsable de designar cómo se implementarán los proyectos. El Comité de implementación estará compuesto por un representante designado por las víctimas, un representante designado por el Estado y otro representante designado, conjuntamente, por las víctimas y el Estado. El Comité deberá consultar con el pueblo Saramaka antes de que las decisiones se tomen e implementen. Además, los miembros del comité de implementación deberán ser elegidos dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el Estado y los representantes no lleguen a un acuerdo respecto de la composición de los miembros del comité de implementación dentro del plazo establecido de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, la Corte podrá convocar a una reunión para resolver este asunto. (CIDH. Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. 2007. Fundamentos 200-202).*

2. Medidas de satisfacción y garantía de no repetición

2.1. Cuidado de los restos mortales y entierro según las costumbres de la comunidad

No queda duda que en procesos de violaciones de derechos de pueblos indígenas, pueden suscitarse la muerte de alguno de sus miembros, esta situación hace necesaria una especial atención; debido al significado de la muerte en las diferentes culturas. Debido a esto, el Estado debe prestar una especial atención al cuidado y entierro, así lo sostuvo la Corte IDH por ejemplo en el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*.

81. Esta Corte considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]. Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo “rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados”, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena. 82. En razón de todo ello la Corte considera que el Estado debe realizar las exhumaciones, en presencia de los familiares, para localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez y entregar a ellos dichos restos. Asimismo, este Tribunal considera que Guatemala debe brindar las condiciones necesarias no sólo para determinar el paradero de los restos mortales de la víctima, sino además de trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos. (CIDH. Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. 2002. Fundamento 81).

2.2. Obligación de investigar, juzgar y sancionar a los culpables

Los estados deben llevar adelante acciones de investigar, juzgar y sancionar a los culpables por la violación a los derechos de los pueblos indígenas; así lo sostuvo la Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.

213. La Corte reitera que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha

tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarle la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad. Finalmente, en caso que la señora Rosendo Cantú preste su consentimiento, los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados, con la finalidad de que la sociedad mexicana conozca la verdad de los hechos. (CIDH. Rosendo Cantú y otra Vs. México. 2010. Fundamento 213).

También la Corte tomo esa posición en el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*.

266. La Corte determinó en la presente Sentencia que el Estado había incumplido con su deber de investigar las muertes de los señores Oscar Brega, Jesús Álvarez Roche, Jorge Castillo Jiménez y Julio Alberto Morales, así como de los hechos de violencia denunciados por la Comunidad Triunfo de la Cruz, en violación a lo dispuesto en los artículos 8.1 y 25 de la Convención [...].

267. En consecuencia, [...] la Corte ordena al Estado el inicio de la investigación relacionada con la muerte del señor Jesús Álvarez y de los señores Óscar Brega, Jorge Castillo Jiménez y Julio Alberto Morales, con la finalidad de determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea. Esta obligación debe ser cumplida en un plazo razonable. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que es jurisprudencia constante de este Tribunal que los hechos no constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos pueden prescribir de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Estados. No obstante, en el presente caso, la Corte no cuenta con elementos de hecho y de derecho suficientemente precisos para poder determinar el plazo de prescripción de una acción penal que, en su caso, podría aplicar en el presente caso, ni la convencionalidad de dicha prescripción. (CIDH. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. 215 y 2016).

2.3. Deber de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad tomando en cuenta las costumbres y el idioma de la comunidad

En el caso de violaciones a derechos de pueblos indígenas, la Corte IDH ha establecido que el Estado o el responsable deberían de realizar un reconocimiento público de la responsabilidad; como bien lo describe en el *caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*.

100. Este Tribunal, en su sentencia de fondo emitida el 29 de abril de 2004 [...], señaló que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. Asimismo, la Corte reconoce que, durante la audiencia pública celebrada el 24 de abril de 2004, el Estado manifestó “su profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez, el 18 de julio de 1982, [y] pid[ió] perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares[,] como una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición”. Sin embargo, para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición, la Corte considera que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos en este caso, y en desagravio de las víctimas de éste. El acto debe realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y, en particular, con la presencia de los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez y de las otras víctimas del presente caso, habitantes de las aldeas Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, acto en el cual se debe dar participación a los líderes de dichas comunidades afectadas. El Estado debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, Guatemala debe realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

101. *En ese mismo acto, en consideración de las particularidades del caso, en relación con las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez, realizada por agentes del Estado el 18 de julio de 1982, la Corte considera que el Estado debe honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas, miembros en su mayoría del pueblo indígena maya perteneciente a la comunidad lingüística achí, quienes eran habitantes tanto de la aldea de Plan de Sánchez como de las aldeas Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac. En ese acto el Estado debe tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas. (CIDH. Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. 2004. Fundamentos 100 y 101).*

Ratificado también en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*.

226. *Como lo ha dispuesto en otros casos, la Corte considera necesario, con el fin de reparar el daño causado a las víctimas, que el Estado realice un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, acordado previamente con las víctimas y sus representantes, en relación con las violaciones declaradas en esta Sentencia. Este acto deberá realizarse en el asiento actual de la Comunidad Yakye Axa, en una ceremonia pública, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la Comunidad que residen en otras zonas, acto en el cual se debe dar participación a los líderes de la Comunidad. El Estado debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, el Estado debe realizar dicho acto tanto en el idioma enxet como en el idioma español o guaraní y difundirlo a través de los medios de comunicación. En ese acto el Estado debe tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de la Comunidad. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. (CIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005. Fundamento 226).*

También la Corte IDH resolvió de forma similar en el *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*.

226. *La Corte recuerda que el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional en la audiencia pública celebrada en el presente caso [...]. Este Tribunal ha determinado que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana [...]. No*

obstante, como en otros casos, para que surta plenos efectos, el Tribunal estima que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El acto deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública, en idiomas español y me'paa, en presencia de altas autoridades nacionales y del estado de Guerrero, de las víctimas del presente caso y de autoridades y miembros de la comunidad a la que pertenecen las víctimas. El Estado deberá acordar con la señora Rosendo Cantú, y/o sus representantes, la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización. En caso que la señora Rosendo Cantú preste su consentimiento, dicho acto deberá ser transmitido a través de una emisora radial con alcance en Guerrero. Para la realización del mismo, el Estado cuenta con el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. (CIDH. Rosendo Cantú y otra Vs. México. 2010. Fundamento 226).

2.4. Publicación de la sentencia

Al respecto la corte IDH considera que las sentencias estimatorias en materia de violaciones de derechos de pueblos indígenas deben ser publicadas. Como en el caso *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*.

103. [...], la Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado debe publicar dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, en español y en maya achí, tanto la Sección denominada Hechos Establecidos del Capítulo V como los puntos resolutivos Primero a Cuarto de la sentencia de fondo dictada por la Corte el 29 de abril de 2004 [...], así como el Capítulo VII titulado Hechos Probados, sin las notas al pie, y el punto declarativo Primero y los puntos resolutivos Primero a Noveno de esta Sentencia. (CIDH. Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. 2004. Fundamento 103).

De la misma forma lo estableció en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*.

227. [...] la Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado debe publicar dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, tanto la sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutivos Primero a Décimo Cuarto de esta Sentencia. Asimismo, el Estado deberá financiar la transmisión radial del contenido de los párrafos 50.12 a 50.16, 50.18, 50.22, 50.24, 50.58, 50.59 y 50.92 a 50.100 del capítulo VI de Hechos Probados, de los párrafos 135, 154, 155, 161, 162, 169, 172 y 175 de los capítulos IX y X, y de los puntos resolutivos Primero a Décimo Cuarto de la presente Sentencia, en idioma enxet y guaraní o español, en una radio a la cual tengan acceso los miembros de la Comunidad Yakye Axa. La transmisión radial deberá efectuarse al menos por cuatro ocasiones con un intervalo de dos semanas entre cada una. (CIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005. Fundamento 227).

Interpretación ampliada en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.

312. En vista de las violaciones declaradas en el presente Fallo, la Corte estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice las siguientes publicaciones:

- a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte en inglés, el cual deberá ser traducido al holandés y al surinamés por parte del Estado y publicado en los respectivos idiomas por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional en Surinam, y
- b) la presente Sentencia en su integridad en idioma inglés, así como el resumen oficial de la misma traducido al holandés, disponibles por un periodo de un año, en un sitio web oficial del Estado.

313. Asimismo, la Corte considera apropiado, tal como lo ha dispuesto en otros casos, que el Estado dé publicidad, a través de una o más emisoras radiales de amplia cobertura en los Pueblos Kaliña y Lokono, al comunicado de prensa oficial de la Sentencia, en holandés y/o en surinamés. La transmisión radial deberá efectuarse cada primer domingo del mes al menos en cuatro ocasiones. El

Estado deberá comunicar previamente a los representantes, al menos con dos semanas de anticipación, la fecha, horario y emisora en que efectuará tal difusión. El Estado deberá cumplir con esta medida en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. (CIDH. Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 2015. Fundamento 312 y 313).

2.5. Implementación de recursos para recuperación de la memoria colectiva y mantención de la cultura

Como parte de las medidas de no repetición y satisfacción la Corte IDH, ha establecido que un Estado debe orientar sus acciones a la recuperación de la memoria colectiva y mantención de la cultura. Esto en los casos de *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*.

104. En lo que se refiere a las garantías de no repetición de los hechos del presente caso, la Corte fija en equidad la cantidad de US\$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional del Estado, para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez. Dicha cantidad debe ser entregada dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez o a los representantes a quienes ellos elijan, para que se encarguen de su administración. Ello contribuirá a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas. (CIDH. Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. 2004. Fundamento 104).

De la misma forma en el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*.

285. En esta Sentencia [...], la Corte estableció que las condiciones de vida en la colonia de Pacux han generado un perjuicio a la integridad cultural de la comunidad de Río Negro, impactando lesivamente la cosmovisión y cultura maya Achí, así como las posibilidades de sus habitantes de ejercer sus actividades laborales y prácticas espirituales tradicionales. En consecuencia, la Corte le ordena al Estado diseñar e implementar, dentro de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un programa para el rescate de la cultura maya achí. Para tal efecto, en el plazo de tres meses, el Estado, en consulta con las

víctimas y sus representantes, deberá diseñar un cronograma con metas de corto y mediano alcance para dar total cumplimiento a esta medida dentro del plazo establecido para ello. Dicho programa estará dirigido a rescatar, promocionar, divulgar y conservar los usos y costumbres ancestrales, basado en los valores, principios y filosofías del pueblo maya achí y, particularmente, de la comunidad de Río Negro. Dicho programa deberá generar un espacio para promover las expresiones artísticas, lingüísticas y culturales de la comunidad. El diseño y ejecución de este programa deberá contar con la participación activa de los miembros de la comunidad de Río Negro y sus representantes. El Estado deberá proveer razonablemente los medios logísticos y presupuestarios a través mecanismos legales, administrativos o de otra índole para asegurar la viabilidad y permanencia del programa. (CIDH. Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. 2012. Fundamento 285).

2.6. Realización de tratamiento médico y psicológico para las víctimas

En los casos en que los miembros de los pueblos indígenas hubieran sufrido daños físicos y psicológicos, los Estados son responsables de que se brinden tratamientos. Esta posición fue tomada por la corte IDH en los casos:

260. En el presente caso, la Corte considera que la violación sexual de la señora Rosendo Cantú ha evidenciado la necesidad de fortalecer la atención y los centros de salud para el tratamiento de mujeres que hayan sufrido violencia. No obstante lo anterior, observa que existe un centro de salud en Caxitepec y los representantes no han provisto al Tribunal de información suficiente para que pueda considerar la necesidad de disponer la creación de un nuevo centro de salud. Los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual pueden ser garantizados por el centro existente, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me'paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado, lo anterior en el marco de la implementación de programas sobre atención a víctimas de violencia y a los esfuerzos en inversión para mejora de los servicios que el Estado indicó que ha venido realizando. (CIDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. 2010. Fundamento 260).

289. *Por lo tanto, con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal dispone que el Estado brinde gratuitamente y de forma inmediata, a las víctimas que lo deseen y previo consentimiento informado, tratamiento médico y psicológico por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. El tratamiento médico y psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales. En atención al fundamento de lo solicitado por los representantes, dicha atención médica y psicológica podrá llevarse a cabo a través de los sanadores de la comunidad maya Achí, de acuerdo a sus propias prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales, para lo cual el Estado deberá acordar con los representantes la forma en que esta reparación se llevará a cabo. (CIDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. 2012. Fundamento 289).*

2.7. Implementación de programas de desarrollo sobre salud, educación, producción e infraestructura

Cuando los daños ocasionados a un pueblo indígena sean colectivos, el Estado tiene la obligación de implementar programas de salud, educación, producción e infraestructura; estas dependerán de la naturales de los daños sufridos. Estas consideraciones fueron desarrolladas en los casos:

Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

221. *[...], el Tribunal dispone que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la*

Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos. (CIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005. Fundamento 221).

Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay.

224. La Corte, [...], considera procedente, en equidad, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad. Estos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena.

225. El comité al que se refiere el párrafo anterior estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado, y uno designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado. Si dentro de los seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia el Estado y los representantes no hubieren llegado a un acuerdo respecto de la integración del comité de implementación, la Corte los convocará a una reunión para tratar este asunto.

230. Tomando en cuenta lo anterior y a la luz de sus conclusiones en el capítulo relativo al artículo 4 de la Convención Americana [...], la Corte dispone que mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas:

- a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad;*
- b) revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la*

realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres;

c) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes;

d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, y

e) dotar a la escuela del asentamiento “Santa Elisa” de los materiales y recursos humanos necesarios, y crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas del asentamiento “Km. 16”. En la medida de lo posible la educación impartida considerará la cultura de la Comunidad y del Paraguay y será bilingüe, en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní. (CIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. 2006. Fundamentos 224).

2.8. Otorgamiento de becas para los hijos de las víctimas

Cuando los daños que se han ocasionado a los padres de familia de los pueblos indígenas han devenido también en la afectación de los hijos, los Estados tienen la obligación de otorgar becas educativas en favor de ellos, para así mellar las ausencias que sufrieron. Esta medida fue desarrollada en el caso:

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile.

432. La Corte ha constatado que el procesamiento, sometimiento a prisión preventiva arbitraria y condena penal de las víctimas basada en la aplicación de una ley contraria a la Convención [...] tuvo como efecto que éstas no pudieran participar de la manutención y cuidado de sus familias en la forma como lo hacían previo a los hechos del presente caso, lo cual repercutió en la situación económica de su grupo familiar y, por ende, en la posibilidad de que sus hijos pudieran acceder o completar sus estudios. En atención a lo anterior, y teniendo en consideración lo solicitado por los representantes, como lo ha dispuesto en otros casos, este Tribunal estima oportuno ordenar, como medida de satisfacción en el presente caso, que el Estado otorgue becas en instituciones públicas chilenas, en beneficio de los hijos de las ocho víctimas de este caso, que cubran

todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios. El cumplimiento de esta obligación por parte del Estado implica que los beneficiarios lleven a cabo ciertas acciones tendientes al ejercicio de su derecho a esta medida de reparación. Por lo tanto, quienes soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que den a conocer al Estado sus solicitudes de becas. (CIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. 2014. Fundamento 432).

2.9. Aseguramiento del derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales, devolución de las tierras y uso efectivo

Creemos que este es uno de los estándares más importantes desarrollados por la Corte IDH; pues pueden existir circunstancias en las cuales se vean privados de su territorio, hecho que hace necesario la protección su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales y asegurar el uso y goce de estos territorios. Esta interpretación fue hecha por la Corte en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*.

211. Las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la Comunidad Yakye Axa declaradas en la presente Sentencia tienen como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la Comunidad, cuya existencia no ha sido discutida por el Estado. Además, el Estado ha manifestado a lo largo del presente trámite ante la Corte su disposición de entregar tierras a los miembros de la Comunidad. Así, en su escrito de contestación a la demanda señaló que [t]eniendo en cuenta el interés general que persigue la cuestión de fondo, aun no compartiendo los fundamentos de la demanda, el Estado de Paraguay se allana al pedido de reparación y en consecuencia, dispondrá por medio de las autoridades competentes la restitución de las tierras de la [C]omunidad peticionaria, dentro del territorio ancestral de la [C]omunidad, en la cantidad autorizada por la legislación vigente, es decir, 100 hectáreas por familia, para lo cual comprometerá recursos financieros que ya se han solicitado al Congreso de la Nación [...]. El inmueble a ser entregado a la [C]omunidad será adquirido por el Estado en la forma y condiciones que le permita la legislación vigente, sin

afectar derechos de terceros igualmente protegidos por esta, y la Convención Americana, por lo que no compromete ningún tipo de confiscación ni expropiación ilegítima [...].

216. Para ello, es necesario considerar que las víctimas del presente caso poseen hasta hoy conciencia de una historia exclusiva común; son la expresión sedentarizada de una de las bandas del pueblo indígena de los Chanawatsan, de la familia lingüística de los Lengua-Maskoy, que tenían un modo de ocupación tradicional de cazadoresrecolectores [...]. La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía. Dentro del proceso de sedentarización, la Comunidad Yakye Axa adoptó una identidad propia relacionada con un espacio geográfico determinado física y culturalmente, que corresponde a una parte específica de lo que fue el vasto territorio Chanawatsan.

217. Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

218. A efectos de dar cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior, el Estado, de ser necesario, deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la

adquisición de las tierras a entregarse a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, fondo que será destinado bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda. (CIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005. Fundamentos 211 y sig.).

2.10. Garantías estatales de seguridad para las personas que desean regresar a la aldea

Esta garantía se hará efectiva en aquellos casos en los que los miembros del pueblo indígena se hayan vistos forzados al desplazamiento; en estas circunstancias los Estados deben garantizar que los miembros que decidan retornar a su territorio tengan seguridades físicas, sociales, culturales y espirituales para su retorno. Este criterio fue desarrollado por la Corte IDH en el caso:

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam.

212. La Corte está consciente de que los miembros de la comunidad no desean regresar a sus tierras tradicionales hasta que: 1) el territorio sea “purificado” de acuerdo con los rituales culturales; y 2) ya no tengan temor de que se presenten nuevas hostilidades en contra de la comunidad. Ninguna de estas dos condiciones se presentará sin que haya una investigación y proceso judicial efectivos, que tengan como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Mientras se realizan estos procesos, hasta su culminación, sólo los miembros de la comunidad pueden decidir cuándo sería apropiado el regreso a la aldea de Moiwana. Cuando los miembros de la comunidad estén satisfechos de que se ha hecho lo necesario para que puedan regresar, el Estado deberá garantizar la seguridad de aquéllos. A tales efectos, cuando los miembros de la comunidad regresen a dicha aldea, el Estado deberá enviar representantes oficiales cada mes a la aldea de Moiwana durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales los miembros de la comunidad expresan preocupación en relación con su seguridad, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas. (CIDH. Comunidad Moiwana Vs. Surinam. 2005. Fundamento 212).

2.11. Adecuación de disposiciones internas a estándares internacionales de derechos humanos.

Para la Corte IDH, en forma general, los Estados tienen la obligación de adecuar el derecho interno conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, entre ellos a de los derechos de los pueblos indígenas; desarrollados por la costumbre internacional, tratados y resoluciones de cortes supra nacionales. Tal como lo sostuvo en los casos de:

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

225. La Corte considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. (CIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. 2005. Fundamento 225).

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.

194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: [...].

c) eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de

conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo razonable; [...].

d) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. El Estado debe cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable; [...].

f) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable. (CIDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. 2007. Fundamento 194).

Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.

305. En razón de lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones derivadas del artículo 2 de la Convención, la Corte dispone que el Estado deberá adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para:

a) otorgar a los pueblos indígenas y tribales en Surinam el reconocimiento legal de la personalidad jurídica colectiva, con el propósito de garantizarles el ejercicio y pleno goce de su derecho a la propiedad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, de acuerdo a lo establecido en los párrafos 105 a 114. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo no mayor a dos años, a partir de la notificación de la presente Sentencia; b) crear un mecanismo efectivo de

delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales en Surinam. El Estado deberá adoptar estas medidas con la participación efectiva de dichos pueblos, de acuerdo con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como a la luz de los estándares fijados en la presente Sentencia [...], dentro de un plazo no mayor a tres años de notificada la misma; c) adecuar sus recursos internos con el fin de garantizar de manera efectiva el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva, así como garantizar el acceso a la información necesaria para el ejercicio de tal derecho. Para ello el Estado deberá interpretar y aplicar dichos recursos tomando en cuenta los estándares en materia indígena mencionados en el párrafo 251 de este Fallo, dentro de un plazo no mayor a dos años a partir de la notificación de la presente Sentencia, y

d) garantizar: i) la participación efectiva, a través de un proceso de consulta a los pueblos indígenas y tribales de Surinam, según sus tradiciones y costumbres, respecto de cualquier proyecto, inversión, reserva natural, o actividad que puedan afectar su territorio; ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes, previo al otorgamiento de cualquier proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional de los pueblos indígenas y tribales, y iii) la repartición de beneficios derivados de esos proyectos con los pueblos indígenas y tribales, de ser el caso [...]. Todo ello, de conformidad con los estándares señalados en este Fallo [...] y dentro de un plazo no mayor a dos años, a partir de la notificación de la presente Sentencia. (CIDH. Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 2015. Fundamento 305).

2.12. Implementación de un programa de registro e identificación.

Una medida adicional que la Corte IDH considera necesaria, dependiendo del caso, es que los Estados deben garantizar programas para el registro e identificación de los miembros de los pueblos indígenas, como un instrumento adicional para hacer efectivo los otros derechos humanos. Esta medida fue desarrollada por la corte en el caso:

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.

231. De igual forma, en vista de las conclusiones establecidas en el capítulo relativo al artículo 3 de la Convención, la Corte dispone que el Estado debe realizar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, un programa de registro y documentación, de tal forma que los miembros de la Comunidad puedan registrarse y obtener sus documentos de identificación. (CIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. 2006. Fundamento 321).

2.13. Reconocimiento de personalidad jurídica colectiva

Para la Corte IDH resulta de suma importancia el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas, pues esto contribuiría a garantizar los otros derechos colectivos de este grupo; tal y como lo ha señalado en los casos de:

Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.

194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas:

[...]b) otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo razonable. (CIDH. Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. 2007. Fundamento 194).

Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.

279. La Corte establece que a fin de lograr una reparación integral de las violaciones acreditadas, a través de la restitución de los derechos conculcados, corresponde al Estado adoptar las siguientes medidas: i) Respecto de la personalidad jurídica y la propiedad colectiva a) otorgar a los Pueblos Kaliña y Lokono el reconocimiento legal de la personalidad jurídica colectiva correspondiente con la comunidad que ellos integren, con el propósito de

garantizarles el ejercicio y pleno goce de su derecho a la propiedad de carácter colectiva, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, de acuerdo a lo establecido en los párrafos 105 a 114. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo no mayor a 18 meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, y [...]. (CIDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 2015. Fundamento 279).

2.14. Realización de estudios de impacto ambiental

Bajo la interpretación de la Corte IDH, uno de los instrumentos técnicos ambiental de suma importancia para garantizar una adecuada partición y toma de decisión de los pueblos indígenas, son los estudios de impacto ambiental de la actividad extractiva que se pretenda realizar en el territorio del pueblo indígena. Este criterio fue desarrollado en los casos de:

Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.

194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas:

[...]e) asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, y [...]. (CIDH. Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. 2007. Fundamento 194).

2.15. Garantizar adecuadamente el derecho a la consulta

La Corte IDH ha exhortado a los Estados a llevar adelante la consulta previa en forma contante a los pueblos indígenas, como en el caso de:

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

299. Si bien no corresponde pronunciarse sobre nuevas rondas petroleras que el Estado habría iniciado, en el presente caso la Corte ha determinado que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo

Sarayaku, por no haber garantizado adecuadamente su derecho a la consulta. En consecuencia, el Tribunal dispone, como garantía de no repetición, que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia.

300. El Tribunal recuerda en este sentido que los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza. Además, conforme a los estándares internacionales aplicables, en tales supuestos el Estado debe garantizar efectivamente que el plan o proyecto que involucre o pueda potencialmente afectar el territorio ancestral, implique la realización previa de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas.

301. Con respecto al ordenamiento jurídico interno que reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada, la Corte ya ha observado que, en la evolución del corpus juris internacional, la Constitución ecuatoriana del año 2008 es una de las más avanzadas del mundo en la materia. Sin embargo, también se ha constatado que los derechos a la consulta previa no han sido suficiente y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica. Por ende, bajo el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades. (CIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 2012. Fundamentos 299 y sig.).

2.16. Aplicación del control de convencionalidad

Uno de los estándares internacionales que contribuye a que las medidas de satisfacción sean idóneas, es que los tribunales internos de un país apliquen el control de convencionalidad. La aplicación de este precepto otorga una interpretación sistémica del derecho vulnerado. Así lo sostuvo la Corte IDH en los casos de:

Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay.

311. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

312. En este caso, el Decreto No. 11.804 emitido el 31 de enero de 2008 que declaró como área silvestre protegida bajo dominio privado a parte del territorio reclamado por la Comunidad ignoró el reclamo indígena presentado ante el INDI sobre dichas tierras y, conforme a los propios organismos internos especializados, debería considerarse nulo [...].

313. En consecuencia, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que el Decreto No. 11.804 no sea un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad. (CIDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. 2010. Fundamentos 311 y sig.).

2.17. Realización de capacitaciones

Para la Corte IDH una medida importante para garantizar la no repetición de los actos de violación de derechos humanos es que, los Estados deben de iniciar programas de

capacitación a los funcionarios públicos, pues evidencia que, en muchos casos estos tienen un escaso conocimiento de la importancia de proteger estos derechos. Es así como los sostuvo en los casos de:

Rosendo Cantú y otra Vs. México.

246. Como lo ha hecho anteriormente, el Tribunal dispone que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del poder judicial, de la policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyan la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia.

249. La Corte valora la información del Estado sobre los programas de capacitación informados. Este Tribunal considera importante fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de integrantes de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el presente caso se repitan. Para ello, el Estado debe continuar con las acciones desarrolladas e implementar, en un plazo razonable, un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación en derechos humanos que incluya, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos. (CIDH. Rosendo Cantú y otra Vs. México. 2010. Fundamentos 246 y 249).

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

302. En el presente caso, la Corte determinó que las violaciones de los derechos a la consulta previa y a la identidad cultural del Pueblo Sarayaku ocurrieron por acciones y omisiones de diversos funcionarios e instituciones que no los garantizaron. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a

funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas, como parte de la formación general y continua de los funcionarios en las respectivas instituciones, en todos los niveles jerárquicos. (CIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 2012. Fundamento 302).

2.18. Garantizar seguridad y rehabilitación del terreno

En los casos en los que el territorio de un pueblo indígena tuviera presencia de elemento ajenos nocivos, de riesgo para la integridad del mismo o de los miembros del pueblos, el Estado tiene la obligación de garantizar su seguridad y de rehabilitarla si cabe retirando estos elementos ajenos. Tal y como lo sostuvo en los casos:

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

293. El Tribunal dispone que el Estado deberá neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la totalidad de la pentolita en superficie, realizando una búsqueda de al menos 500 metros a cada lado de la línea sísmica E16 a su paso por el territorio Sarayaku, de conformidad con lo propuesto por los propios representantes. Los medios y métodos que se implementen para tales efectos deberán ser escogidos luego de un proceso de consulta previa, libre e informada con el Pueblo para que éste autorice la entrada y permanencia en su territorio del material y de las personas que sean necesarias para tal efecto. Por último, dado que el Estado alegó la existencia de un riesgo para la integridad física de las personas que se encargarían de tal extracción, corresponde al Estado, en consulta con el Pueblo, optar por los métodos de extracción de los explosivos que presenten el menor riesgo posible para los ecosistemas de la zona, en consonancia con la cosmovisión de Sarayaku y para la seguridad del equipo humano encargado de la operación.

294. En lo que se refiere a la pentolita enterrada a mayor profundidad, la Corte constata que, con base en pericias técnicas realizadas, los propios representantes han propuesto una solución para neutralizar su peligrosidad. El Estado no presentó observaciones al respecto. En el expediente no hay alegatos específicos, ni pericias técnicas o pruebas de otra índole, que indiquen que la propuesta del Pueblo Sarayaku no sea una medida idónea, segura y acorde con su cosmovisión para neutralizar los explosivos enterrados. Por lo anterior, el Tribunal dispone

que, de conformidad con las pericias técnicas presentadas en este proceso, y salvo mejor solución que puedan acordar las partes a nivel interno, el Estado deberá:

- i) determinar la cantidad de puntos de enterramiento de la pentolita;*
- ii) enterrar los cables detonadores de tal forma que los mismos sean inaccesibles y las cargas de pentolita se degraden naturalmente, y marcar debidamente los puntos de enterramiento, inclusive plantando allí especies locales de árboles cuya raíz no tengan una profundidad tal que pueda provocar la explosión accidental de la pentolita.*

Además, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para extraer cualquier maquinaria, estructuras y desechos no biodegradables que hayan quedado luego de las acciones de la empresa petrolera, así como para reforestar las áreas que aún puedan estar afectadas por la apertura de trochas y campamentos para la prospección sísmica. Estos procedimientos deberán llevarse a cabo luego de un proceso de consulta previa, libre e informada con el Pueblo, que deberá autorizar la entrada y permanencia en su territorio del material y las personas que sean necesarias para tal efecto.

295. El cumplimiento de esta medida de reparación es obligación del Estado, el cual debe completarla en un plazo no mayor de tres años. Para efectos del cumplimiento, la Corte dispone que, en el plazo de seis meses, el Estado y el Pueblo Sarayaku deben establecer de común acuerdo un cronograma y plan de trabajo, que incluya, entre otros aspectos, la determinación de la ubicación de la pentolita superficial y la que se encuentra enterrada a mayor profundidad, así como los pasos concretos y efectivos para la desactivación, neutralización y, en su caso, retiro de la pentolita. En el mismo plazo deben informar al Tribunal al respecto. Una vez remitida la información anterior, el Estado y el Pueblo Sarayaku deberán informar cada seis meses acerca de las medidas adoptadas para el cumplimiento del plan de trabajo. (CIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 2012. Fundamentos 293 y sig.).

De la misma forma en el caso del *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*.

290. En vista de que el Estado fue encontrado responsable por la violación del artículo 21 de la Convención, debido a los daños ocasionados al medio ambiente y a los territorios de los Pueblos Kaliña y Lokono por la actividad minera de extracción de bauxita en la Reserva de Wane Kreek [...], y siendo que los trabajos

de rehabilitación por parte de la empresa aún no han sido efectivos ni suficientes, la Corte dispone que el Estado deberá:

- a) implementar las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada. Para ello, es preciso elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva de la zona, de manera conjunta con la empresa que ha estado a cargo de dicha rehabilitación, y con la participación de una representación de los Pueblos Kaliña y Lokono. Dicho plan deberá incluir: i) una evaluación integral actualizada de la zona afectada, mediante un estudio a cargo de expertos independientes en la materia; ii) un cronograma de trabajo; iii) las medidas necesarias para remover cualquier afectación derivada de las actividades mineras, y iv) las medidas para reforestar las áreas que aún están afectadas por tales actividades, todo ello tomando en cuenta el parecer de los Pueblos afectados, y*
- b) establecer los mecanismos de fiscalización y supervisión necesarios para la ejecución de la rehabilitación que lleva a cabo la empresa. Para ello, el Estado deberá nombrar a un experto en la materia a efectos del cumplimiento total de la rehabilitación de la zona.*

291. El cumplimiento de esta medida de reparación es obligación del Estado, el cual debe completarla en un plazo mayor de tres años. En dicho periodo, el Estado deberán informar anualmente las medidas adoptadas para el cumplimiento del plan de trabajo, con posterioridad a la adopción del mismo. (CIDH. Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 2015. Fundamentos 290 y 291).

V. CONCLUSIONES

- Los tratados sobre derechos humanos, ratificados e incorporados por el Estado peruano al sistema jurídico interno, son de obligatorio cumplimiento, bajo los principios de *buena fe* y *pacta sun servanda*; y estas son normas internacionales de naturaleza *hard law*. Bajo estos principios, estas normas internacionales son aplicadas inmediatamente, es decir, las normas internacionales en materia de derechos humanos no requieren de una ley o acto adicional más que su ratificación y entrada en vigor para ser vigentes y exigibles en nuestro país.
- El Convenio N° 169 de la OIT es un tratado en materia de derechos humanos que reconoce derechos especiales a los pueblos indígenas, el cual fue ratificado válidamente por el Estado peruano mediante la *Resolución Legislativa N° 26253 - Aprueban el "Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes"*, publicado el 2 de diciembre de 1993. La ratificación fue comunicada al Director General de la OIT y hecho el depósito el 02 de febrero de 1994. En consecuencia, tal y como lo estipula el tratado en mención, entró en vigor en nuestro país 12 meses después, el 02 de febrero de 1995; por tanto haciéndose vigente y exigible desde esta fecha.
- Los actos administrativos del subsector de minería que debieron ser materia de consulta previa por afectar directamente a los pueblos indígenas son: *i)* Concesión minera, *ii)* Concesión de beneficio, *iii)* Concesión de labor general, *iv)* Concesión de transporte minero, *v)* Autorización de exploración, y *vi)* Autorización de explotación; y, de estas el Estado peruano habría emitido aproximadamente 6,511 concesiones mineras, 464 autorizaciones de exploración y 575 autorizaciones de explotación hasta el año 2011, sin consulta previa, incumpliendo el Convenio N° 169 de la OIT.
- Como consecuencia de la omisión en la aplicación del derecho a la consulta previa en las autorizaciones del desarrollo de proyectos mineros en territorio de los pueblos indígenas, estas produjeron impactos negativos en el territorio, medio ambiente, cultura, forma de vida, salud de los pueblos indígenas y sus integrantes; al igual que el surgimiento de diversos conflictos socioambientales.
- El Estado peruano tiene la obligación de reparar en forma integral a los pueblos indígenas, víctimas de la inaplicación del derecho a la consulta previa. Las medidas que el Estado debe tomar para reparar estos daños, deben buscar una reparación

integral y estas puede contener: *i*) la reparación pecuniaria a los daños materiales o inmateriales; y, *ii*) medidas de satisfacción y garantía de no repetición, como el cuidado de los restos mortales y entierro según las costumbres de la comunidad, la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los culpables, el deber de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad tomando en cuenta las costumbres y el idioma de la comunidad, la implementación de recursos para recuperación de la memoria colectiva y mantención de la cultura, el tratamiento médico y psicológico para las víctimas, la implementación de programas de desarrollo sobre salud, educación, producción e infraestructura, el aseguramiento del derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales, devolución de las tierras y uso efectivo, el reconocimiento de personalidad jurídica colectiva, estudios de impacto ambiental, capacitaciones, garantizar seguridad y rehabilitación del terreno.

VI. RECOMENDACIONES

- Sugerimos al Ministerio de Energía y Minas y al Instituto Geológico Minero Metalúrgico, suspendan el otorgamiento de concesiones mineras en territorio de pueblos indígenas hasta que se realice el proceso de consulta previa, subsanando así las omisiones de consulta previa. Estos procesos deben ser llevado adelante conforme a los estándares internacionales desarrollados por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano.
- Recomendamos que el Ministerio de Energía y Minas y al Congreso de la República haga una revisión y modificación del *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM* y normas conexas, para evaluar su convencionalidad con el derecho a la consulta previa, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, debido a que la forma como actualmente está regulado el desarrollo de un proyecto minero y los actos administrativos que se emiten para tal fin, no son compatibles con los principios que rigen el derecho a la consulta; tal y como sucede con la concesión minera que otorga derechos reales sobre los recurso naturales en territorio de los pueblos indígenas, la cual se emite sin consulta previa.
- Recomendamos a los pueblos indígenas que se pudieran haber visto afectados por el desarrollo de proyectos extractivos no consultados en su territorio, en el periodo de 1995 a 2011 o más recientemente, pueda evaluar la posibilidad de iniciar acciones legales (procesos civiles, constitucionales u otros) para lograr una remediación de los daños sufridos en situaciones como la restricción en el uso y disfrute del territorio, desplazamiento fuera de su territorio, contaminación del medio ambiente, afectación a los recursos naturales, daños a la salud u otras situaciones.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ANEXO

1. ANAYA, J. (2014). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. “La situación de los derechos de los Pueblos Indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas – 07/05/2014.*
2. BIDART, G. (1997). *Manual de la Constitución Reformada. Tomo I, II y III.* Copyright by Ediar S.A. Editora. Argentina.
3. CARHUATOCTO, H. (2013). *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú” - TESIS Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.* Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.
4. CÓNDROR, E. & ARANDA, M. (2009). *Manual Informativo para Pueblos Indígenas – La Justicia Indígena en los Países Andinos.* Primera Edición. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Perú.
5. CO-PARTES TERRE DES HOMMES – ALEMANIA. MESA DE APRENDIZAJE MUTUO. (2003). *Derecho y Cultura.* Primera edición. Gráfica Bellido SRL. Perú.
6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Pueblos Indígenas y Tribales - Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°11.*
7. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Caso del Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Caso del pueblo Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.*
8. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, PERÚ. (2014). *Informe N° 002-2014-Dp/Amasppi-Pi – “Análisis Sobre Las Políticas Públicas Sobre Reconocimiento Y Titulación De Las Comunidades Campesinas Y Nativas”.*

9. DULITZKY, A. (2006) *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. Universidad Iberoamericana A.C. México.
10. CLARA, M. (2010). *Consulta, consentimiento y veto, en Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal Número 14*, Año 3, septiembre de 2010.
11. GORDILLO, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. octava Edición. Fundación de derecho administrativo. Argentina.
12. GARCÍA, V.

(2007) *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Segunda Edición. Jurista Editores. Perú.

(2014) *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Cuarta Edición. Adrus D&L Editores S.A.C.. Perú.
13. GUZMÁN, C. (2014). *Convencionalidad de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, respecto del Convenio N° 169 de la OIT* - Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional del Altiplano. Perú.
14. JAHNCKE, J. & MEZA, R. (2007). *DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y A LA CONSULTA PREVIA EN LATINOAMÉRICA - Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. RED MUQUI. Perú.
15. HERNÁNDEZ, R. (2010), *Metodología de la Investigación”*. Quinta Edición. Interamericana Editores S.A.. México.
16. MARTÍN, C. & RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. & Guevara J. (2006). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. Universidad Iberoamericana S.A.. México.
17. MÉNDEZ, R. (1983). *Derecho Internacional Público*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.
18. MINISTERIO DE CULTURA - PERÚ. (2016). *Derechos Colectivos De Los Pueblos Indígenas U Originarios*. Lima.

19. NOVAK, F. & GARCÍA-CORROCHANO, L. (2001). *Derecho Internacional Público. Tomo I y II Introducción y Fuentes*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Per. Perú - Lima.
20. OBRA COLECTIVA ESCRITA POR 166 JURISTAS DESTACADOS DEL PAÍS. Director Walter Gutiérrez. (2013) *“La Constitución Comentada”*. Segunda Edición. Tomo I, II y III. Gaceta Jurídica S.A.. Perú.
21. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO – GINEBRA. (2013). *Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT - Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Num. 169)*. Organización Internacional del Trabajo.
22. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano”*.
23. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (2009) *“Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica”*.
24. PINEDA, J. (2008). Investigación Jurídica. Editorial Pacífico. Perú - Puno.
25. PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NUM. 169 DE LA OIT. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Departamento de normas legales internacionales del Trabajo.
26. PROPUESTA CIUDADANA. (2014). *Concesiones Mineras En El Perú - Análisis y Propuestas de Política*.
27. REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA - UNMSM. (2009). Pluralismo Jurídico: Un Nuevo Enfoque De La Interculturalidad En El Perú. Lima.
28. RUIZ, J.

(2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú - Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Instituto de Defensa Legal. Perú.

- (2013). *Guía de Litigio Constitucional en Defensa de Derechos de Pueblos Indígenas” para Activistas de Derechos Humanos*. Instituto de Defensa Legal. Perú.
- (2011). *Manual de Herramientas Legales para Operadores del Sistema de Justicia para Defender los Derechos de los Pueblos Indígenas”*. Instituto de Defensa Legal. Perú.
- (2012). *Los otros Derechos de los pueblos Indígenas” Aproximación a los Derechos a la Libre Determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios*. Instituto de Defensa Legal. Perú.
- (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas del Perú” Compendio de Legislación y Jurisprudencia*. Instituto de Defensa Legal. Perú.
- 29.** RUBIO, M. (1999). *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Tomo I, II, III y IV. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.
- 30.** SOLARIS, L. (2004). *Derecho Internacional Público”*. Séptima edición. Studium Ediciones. Lima.
- 31.** SORENSEN, Max. (1985). *Manual del Derecho Internacional Público”*. Fondo de Cultura Económica. México.
- 32.** STEINER, CHRISTIAN / Uribe, Patricia Y Otros. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Konrad Adenauer-Stiftung. Berlín-Alemania.
- 33.** THOMSOM J. José. (2014). *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con Enfoque Diferenciado”*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica.
- 34.** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencias del Expediente N° 06316 – 2008 – PA/TC. N° 00022 – 2009 – PI/TC. N° 00033 – 2005 – PI/TC. N° 03343 – 2007 – PA/TC. N° 05427 – 2009 – AC/TC. N° 00025 – 2009 – PI/TC

ANEXOS

1.1. Ficha de información bibliográfica

IDENTIFICACIÓN DE LA FUENTE BIBLIOGRAFÍA

- 1) **Título:**.....
- 2) **Autor:**.....
- 3) **Lugar/año de edición:**.....
- 4) **Editorial:**.....
- 5) **Criterios para la investigación:**

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones

1.2. Fichas de revisión y análisis de sentencias

IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS

- 1) **Número de sentencia**.....
- 2) **Instancia que lo emite:**.....
- 3) **Fecha de la emisión:**.....
- 4) **Criterios para la investigación:**

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones

IDENTIFICACIÓN DE LA FUENTE BIBLIOGRÁFICA

- 1) Título: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DD. HUMANOS
- 2) Autor: STEINER, C. / URIBE, P
- 3) Lugar/año de edición: ALEMANIA, 2014
- 4) Editorial: KONRAD ADENAUER-STIFTUNG
- 5) Criterios para la investigación:

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones
<p>Violación de derechos humanos por acciones estatales y de terceros.</p> <p>Obligación de reparar las violaciones de derechos humanos - medidas de garantía y no repetición</p>	<p>(C...) En caso de violaciones de derechos humanos, el Estado deberá reparar a los víctimas de acuerdo a los estándares que se han establecido en el derecho internacional - obligación de lograr la plena satisfacción.</p>	<p>Pág. 53 y siguientes</p>	-

IDENTIFICACIÓN DE LA FUENTE BIBLIOGRÁFICA

- 1) Título: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- 2) Autor: MARTIN, C. / RODRIGUEZ-PINZON
- 3) Lugar/año de edición: MEXICO, 2006
- 4) Editorial: UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA S.A.
- 5) Criterios para la investigación:

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones
<p>Derecho interno Cual de los derechos huma- nos.</p> <p>Proceso históri- co del derecho internacional - Derechos Humanos.</p>	<p>" (...) al concluir lo segundo genera- men dial. inicio el proceso de confirmación de los principales instrumentos y procedimientos en materia de derechos humanos con el objetivo de promover los derechos humanos internacionalmente aceptados "</p>	<p>Pg. 09- siguientes</p>	<p>—</p>

IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS

- 1) Número de sentencia: 014936-2011-0-2401-SM-CJ-03
- 2) Instancia que lo emite: JUZGADO CIVIL - PUNO
- 3) Fecha de la emisión: 2016
- 4) Criterios para la investigación:

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones
<p>El derecho a la consulta de los actos administrativos (concesiones mineras) y la afectación al territorio.</p> <p>Análisis de constitucionalidad de la Ley general de minería.</p>	<p>Art 06 del Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Ley general de minería, Art. 09</p>	<p>-</p> <p>Fundamentos 4 y 5 de la sentencia</p>	-

IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS

- 1) Número de sentencia... 000 22 - 2009 - PJ / TC
- 2) Instancia que lo emite: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- 3) Fecha de la emisión: 2009
- 4) Criterios para la investigación:

Fundamento teórico	Fundamento normativo	Página	Observaciones
<p>Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas en el Perú.</p> <p>Periodo de vigencia - Fecha.</p>	<p>Art 06 del convenio 169 de la OIT.</p> <p>(...) el convenio fue suscrito por el Estado en 1994, entrando en vigencia en 1995 (...). Es decir a la fecha han transcurrido 15 años de vigencia.</p>	<p>Fundamento 11 y siguientes.</p>	<p>—</p>