



UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL

Vicerrectorado de
INVESTIGACION

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

“LA CONSULTA PREVIA Y SU VALORACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES”

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR

ARANGO CLAUDIO JULIO CESAR

ASESOR:

DR. PEDRO ANTONIO MARTINEZ LETONA

JURADO:

DR. CARLOS AUGUSTO HINOJOSA UCHOFEN

DR. LUIS HERNANDO BEGAZO DE BEDOYA

DR. JOSE ANTONIO JÁUREGUI MONTERO

LIMA - PERU

2019

Índice

RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Planteamiento del problema	2
1.2. Descripción del Problema.....	3
1.3. Formulación del problema.....	4
1.4. Antecedentes.....	5
1.5. Justificación de la investigacion	11
1.6. Limitaciones de la investigación	12
1.7.Objetivos.....	12
-Objetivo General	13
- Objetivos Específicos	13
1.8. Hipótesis	13
1.8.1. Hipótesis general.....	13
1.8.2. Hipótesis específicas.....	13
II. MARCO TEÓRICO	15
2.1. Marco conceptual	15
2.2. Bases teóricas	19
2.3. Marco normativo	49
III. METODO	54
3.1. Tipo de Investigación	54
3.2. Población y muestra	54

3.3. Operacionalización de Variables	55
3.4. Instrumentos	57
3.5. Procedimiento	58
3.6. Análisis de datos	59
IV: RESULTADOS	60
4.1. Análisis e interpretación	60
4.2. Análisis de estadísticas	61
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	71
VI. CONCLUSIONES	72
VII. RECOMENDACIONES	74
VIII. REFERENCIAS	75
IX. ANEXOS	77
Anexo 1 Matriz de Consistencias	77

RESUMEN

La presente tesis aborda el tema de la consulta previa y su valoración en la toma de decisiones. La hipótesis de trabajo formulada corresponde un tipo de investigación descriptiva – Correlacional ya que ha tenido como finalidad demostrar que no se toma en cuenta lo indicado por los pueblos nativos ante el derecho de la consulta previa.

Para ello el método empleado en nuestra investigación se combinará entre el método exegético, el dogmático y el método sistemático; asimismo el tipo de investigación es básica o pura, cuyo propósito será recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico jurídico y de acuerdo al nivel será descriptiva en la medida que se buscará responder como es la realidad objeto de investigación, en este caso el derecho de consulta previa y su no valoración en la toma de decisiones por el gobierno.

Las principales técnicas de investigación utilizada han sido entrevistas, cuestionarios y revisiones documentales que han permitido hacer el análisis de nuestras respectivas muestras en base a los objetivos de la investigación propuesta. Los resultados obtenidos nos han permitido confirmar parcialmente las hipótesis planteadas y se ha podido determinar la vulneración de diversos derechos de las poblaciones indígenas afectando su territorio, su normal desarrollo además el medio ambiente.

PALABRAS CLAVES: Estado de derecho, derecho fundamental, Ley de la consulta previa, daño ambiental, recursos naturales.

ABSTRACT

The present test addresses the subject of prior consultation and its assessment in decision making. The working hypothesis contains a kind of description of the descriptive research: Correlational and that has had the last time that was taken into account what was indicated by the native peoples before the right of prior consultation.

For this the method used in our research is combined between the exegetical method, the dogmatic method and the systematic method; It is also the type of research in basic or pure, which is looking for information about reality to enrich the legal scientific knowledge and according to the level that is descriptive to the extent that it can be answered. right of prior consultation and its assessment in decision making by the government.

The main research techniques have been interviews, questionnaires and documentary reviews that have allowed the analysis of our respective samples based on the objectives of the proposed research.

The results obtained allowed the hypotheses to be confirmed and it was possible to determine the violation of the rights of the indigenous populations that affected their territory, their normal development as well as the environment.

KEY WORDS: Rule of law, fundamental right, Law of prior consultation, environmental damage, natural resources.

I. INTRODUCCIÓN

La Consulta Previa, es un tema de real importancia dentro del ámbito constitucional, político, social, consuetudinario, y general, es una manera de dar derecho de participación a aquellas personas que en determinado momento se consideraban como rezagados de la sociedad, en donde su opinión poco o nada importaba.

La consulta previa, es una institución legal, que vela por la participación de los pueblos indígenas, tanto de la zona andina, como se la zona amazónica. La consulta previa, es un derecho, mediante el cual se permite que los pueblos indígenas, puedan dialogar con el Estado, a fin de llegar a acuerdos sobre su identidad cultural, calidad de vida, su desarrollo, así como lo concernientes con sus Derechos Colectivos.

La participación de los pueblos indígenas, permitirá, en suma, acceder a mejores oportunidades, a fin de que puedan vivir conforme a sus prioridades.

Debemos tener en cuenta, que la consulta previa a los pueblos indígenas, se dará cuando se trate de explotación de recursos naturales en su territorio, cuando se emita una ley u ordenanza que los afecte directamente, cuando se realice una obra o infraestructura que modificaría su modo de vida; y cuando se elaboren o proyecten políticas publicas que busquen atenderlos y que incidan en su vida directamente.

Con la consulta, se deberá otorgar las informaciones necesarias, de manera didáctica y en su lengua nativa; lo cual le permitirá evaluar las medidas y en su momento hacer los aportes necesarios.

1.1 Planteamiento del problema

-La ley peruana de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Ley 29785 y su Reglamento, establecen la existencia de dos escenarios: el primero, el pueblo indígena acepta y otorga el consentimiento a la propuesta estatal consultada; el segundo, se registra el desacuerdo en el proceso de consulta, al no existir acuerdo, el Estado adopta la decisión final como regla general, tal cual lo establece el Artículo 15° de Ley de Consulta. El segundo escenario en la Ley de Consulta Previa, muestra la controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, al derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre

desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación

-La obligación estatal de obtener el consentimiento en los casos de desplazamiento territorial indígena no implica el derecho a veto, ni significa la supremacía de una minoría sobre el pueblo peruano. Al contrario, establece una excepción a las reglas desarrolladas por la normatividad peruana, excepción que posee sustento jurisprudencial en la CIDH, la Corte Colombiana, la DNUPI, al haber comprendido temas de desplazamiento territorial indígena, en donde prima la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La legislación nacional desarrolla el derecho a la consulta, Ley 29785 y su Reglamento, donde no se establece de forma literal la prohibición del derecho a veto; sin embargo, la jurisprudencia señala que los pueblos indígenas no poseen este derecho, concepción con la que se concuerda. Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, ya que lo buscado es el consentimiento libre e informado.

1.2. Descripción del Problema

Siendo la LEY N° 29785 sobre la consulta previa el punto de partida, y analizaremos la importancia de realizar la consulta previa y como ésta va a adquirir una figura fundamental para tomar decisiones sobre los proyectos de explotación que se pretende realizar.

Los derechos humanos tienen un valor fundamental ya que las comunidades y pueblos indígenas se encuentran reconocidos en los principales convenios. Las comunidades y pueblos indígenas también poseen autonomía sobre su territorio y su propia legislación dentro de su propio territorio.

Aunque si bien es cierto, si no se llega a un acuerdo entre el Estado y las comunidades indígenas que han sometido a la consulta, el Estado asumirá una postura firme y desarrollará los proyectos que tienen previsto. El Estado al no contar con el consentimiento total de la comunidad indígena y sus principales representantes, está en la obligación de reubicarlos y garantizarles que sus derechos no se verán vulnerados y/o afectados. Desde esta perspectiva podemos observar que se estaría vulnerando los derechos de las comunidades indígenas y estas se verían afectadas.

En conclusión, analizaremos si realmente la consulta previa cumple con lo establecido por ley y si esta trae beneficios para las comunidades indígenas y realmente no afecta a sus derechos fundamentales.

1.3. Formulación del problema

Problema General

- ¿Cuál es la importancia y las consecuencias de las consultas previas y su valoración en la toma de decisiones?

Problemas específicos

- ¿En qué medida la realización de la consulta previa beneficiaría a las poblaciones indígenas y cuáles son los derechos que se encontrarían afectados por las decisiones tomadas?
- ¿Se pondría limitaciones a los recursos naturales de los pueblos indígenas que garantizan la estabilidad de los pueblos indígenas?
-

1.4. Antecedentes

1.1.1 Antecedentes contextuales

La elaboración y contenido del presente proyecto, tiene como fundamento investigar y analizar la importancia de realizar la consulta previa y como ésta adquiere una figura de suma importancia para tomar decisiones sobre los proyectos de explotación que se pretende realizar.

La consulta previa, es un derecho que poseen los pueblos o comunidades indígenas. En el Perú el tema de la consulta previa ha adquirido una posición de conflictos de índoles ambientales, legales y socioculturales. Esta deberá ser ejecutada por el Estado a las comunidades indígenas o las agrupaciones étnicas existentes antes de implementar las medidas legales o de administración que pudieran afectar de manera directa los derechos a dichas comunidades, las consultas deben obtener como resultado el permiso, aprobación, consentimiento libre e informado.

En el Perú, la LEY N° 29785 “de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas” significa un gran progreso protector dirigido a las comunidades indígenas. Empero, debemos

tener en cuenta el artículo quince que establece que la decisión final será tomada por el Estado como una norma general que será aplicada a los procesos, siempre y cuando no se llegue a un acuerdo con las comunidades indígenas.

La regla general, mencionada anteriormente podría presentar excepciones ante las medidas administrativas o legislativas que impliquen el alejamiento de las comunidades indígenas sobre sus territorios atávicos, ya que de aplicarse de manera determinante la Ley 29785 se estaría desamparando, desprotegiendo, abandonando y vulnerando los derechos constitucionales de las comunidades indígenas.

El estado peruano, al realizar la consulta previa si esta conlleva al desalojo de la comunidad indígena de su ambiente, tiene la obligación de recibir el permiso, aprobación de las comunidades que serían desalojadas, asegurando el no vulnerar sus derechos que se encuentran fundamentados en nuestra constitución, en nuestro TC, la DNUDPI, jurisprudencia de la CIDH y el convenio 169 de la OIT.

Antecedentes bibliográficos

- ANGLÉS YANQUI, GERAR HENRY (2014). “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio”. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional. Pontificia universidad católica del Perú escuela de posgrado.

-CONCLUSIONES:

-En el ámbito nacional, el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas inicialmente fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Posteriormente se dio el reconocimiento legal (Ley 29785), concluyendo que la consulta previa es un derecho fundamental incluido en el ordenamiento jurídico peruano, reconociéndose a los pueblos indígenas que históricamente se encontraban relegados, y a los que se protege en su identidad, en su cultura propia, y a sus territorios.

-La ley peruana de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Ley 29785 y su Reglamento, establecen la existencia de dos escenarios: el primero, el pueblo indígena acepta y otorga el consentimiento a la propuesta estatal consultada; el segundo, se registra el desacuerdo en el proceso de consulta, al no existir acuerdo, el Estado adopta la decisión final como regla general, tal cual lo establece el Artículo 15° de Ley de Consulta. El segundo escenario en la Ley de Consulta Previa, muestra la controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, al derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre

desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación

-La obligación estatal de obtener el consentimiento en los casos de desplazamiento territorial indígena no implica el derecho a veto, ni significa la supremacía de una minoría sobre el pueblo peruano. Al contrario, establece una excepción a las reglas desarrolladas por la normatividad peruana, excepción que posee sustento jurisprudencial en la CIDH, la Corte Colombiana, la DNUPI, al haber comprendido temas de desplazamiento territorial indígena, en donde prima la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La legislación nacional desarrolla el derecho a la consulta, Ley 29785 y su Reglamento, donde no se establece de forma literal la prohibición del derecho a veto; sin embargo, la jurisprudencia señala que los pueblos indígenas no poseen este derecho, concepción con la que se concuerda. Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, ya que lo buscado es el consentimiento libre e informado.

-A la fecha, el Gobierno peruano no ha desarrollado un real empoderamiento de los derechos a los pueblos indígenas, a pesar de haber transcurrido más de dos décadas, desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Recién en el 2013 las autoridades peruanas identificaron a 52 pueblos indígenas y solo se posee 20 mapas geográficos de dichas poblaciones. La falta de políticas gubernamentales que den una real

protección a los derechos de los pueblos indígenas, junto a una revisión y mejora sobre la legislación nacional de la materia, hace necesario que el Perú se someta a la jurisprudencia de la CIDH, que ha señalado con previsión y claridad las obligaciones de los Estados parte en el reconocimiento y debida protección jurídica a los derechos de la poblaciones indígenas.

- ATUPAÑA CHIMBOLEMA NELSON (2014). Tesis ““El derecho a la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas por actividades que realice el estado en sus territorios”. Universidad central del Ecuador - Facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales carrera de derecho. Tesis previa a la obtención del título de Abogado.

-CONCLUSIONES:

- Establecer mecanismos claros y justos para llevar a cabo consultas de buena fe con las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afectadas, entre ellos un mecanismo para vigilar la aplicación e informar de los agravios. Los pueblos y nacionalidades deben participar en el proceso de toma de decisiones en una fase temprana, y deben recibir información completa y objetiva. Esta información debe comunicarse a los pueblos y nacionalidades indígenas afectadas y compartirse con ellas de una manera transparente y accesible.

-Que el gobierno también ha destacado proyectos específicos para iniciar la expansión en Ecuador de proyectos mineros en gran escala, y se están

elaborando planes para demarcar tierras destinadas a una nueva ronda de concesiones petrolíferas en el sureste del país. Hasta el momento no se dispone de información concreta sobre como las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas se verán afectadas, o si se va a llevar acabo y de qué manera consultas de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos.

-Que además de resolver la fuente de estas divergencias en concreto, mediante la celebración de consultas adecuadas, es fundamental que el país aborde el uso indebido del sistema judicial como forma de silenciar a quienes manifiestan su oposición a las leyes y decisiones administrativas propuestas por el gobierno.

-Que el Estado tiene, en virtud del derecho internacional, la obligación de consultar con las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afectadas antes de adoptar medidas legislativas de este tipo o decisión administrativa, con el fin de garantizar que incorpora salvaguardias adecuadas para proteger los derechos humanos de los pueblos y nacionalidades.

-Que cuando una medida legislativa y/o administrativa afecte de manera significativa a los pueblos y nacionalidades indígenas, la legislación o decisión administrativa debe cumplir la normativa internacional y debe incluir disposiciones para obtener el consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos.

1.5. Justificación de la Investigación

En Latinoamérica en los últimos periodos podemos observar que se ha mantenido una estabilidad económica y de democracia lo cual ha generado el poder reducir la pobreza en un considerable porcentaje. Sin embargo, las comunidades indígenas continúan en una condición de vulnerabilidad ya que, mantienen un alto porcentaje de pobreza, limitaciones a los servicios básicos, educación, sanidad y otros. Siendo así, la consulta previa surge como un mecanismo que busca la participación de los pueblos indígenas en el desarrollo para tomar decisiones que podrían afectarles.

La consulta previa es un derecho de vital importancia para las comunidades indígenas y las diferentes agrupaciones étnicas existentes en lo que se realiza la toma de medidas administrativas y legislativas, que pudiesen afectarles con la realización de obras o las actividades que vayan a desarrollarse dentro de sus territorios.

Siendo así, lo que busca es tutelar la integridad económica, social y cultural de las comunidades indígenas garantizando su derecho a la participación. Al realizarse la consulta previa esta genera una capacidad para poder mantener un dialogo adecuado, el cual permitirá que los pobladores indígenas puedan canalizar sus expectativas, intereses e inquietudes por los procedimientos formales.

Este derecho a la participación por parte de las comunidades indígenas encuentra su justificación el derecho que poseen las comunidades indígenas

para dirigir, dentro de lo posible, su progreso económico, social y cultural, al igual que el derecho a determinar cuáles son sus prioridades en base a la evolución de su propio progreso, siempre que no se encuentren afectadas sus vidas, ideales, organizaciones y afección espiritual y el territorio que habiten o empleen de alguna manera. Es importante tener en cuenta la presencia de múltiples factores que obstruyen a la consulta previa, teniendo como principal factor la ausencia de información.

La presente investigación es de suma relevancia desde el punto de vista académico ya que procura contribuir dando a conocer la importancia de la consulta previa y como esta es fundamental para poder obtener decisiones adecuadas para las comunidades indígenas que se encuentren en el territorio que se pretende realizar la explotación y, si al realizarse la consulta previa esta se realiza cumpliendo lo establecido en la LEY N° 29785 sin vulnerar los derechos de las comunidades indígenas.

1.6. Limitaciones de la investigación

Consideramos que no existen limitaciones en el plano tecnológico, económico, político y en relación al acceso a la información jurídica, tanto nacional como internacionalmente, jurisprudencial o doctrinaria que ponga en riesgo el desarrollo del proyecto y llegue así la culminación de un excelente trabajo de investigación.

1.7. Objetivos

-Objetivo General

- Determinar cuál es el propósito fundamental de las consultas previas que busca la participación de la población en el proceso de toma de decisiones que podría afectarles.

- Objetivos Específicos

- Determinar si al realizarse la consulta previa esta va garantizar la adecuada participación de la población indígena para poder tomar las decisiones más convenientes.
- Determinar si las actividades que se pretende realizar traería impactos negativos a la población indígena y pondrían en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas vulnerando sus derechos.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis general

- La consulta previa garantiza a las comunidades indígenas una correcta participación de los pobladores para tomar decisiones sobre los proyectos de explotación de los recursos naturales que se desarrollarán en su territorio.

1.8.2. Hipótesis específicas

- La realización de la consulta previa traería beneficios colectivos a la comunidad con los acuerdos que se lleguen a establecer ya sea construcciones de escuelas, postas médicas y brindar puestos de

trabajos para los pobladores. Los derechos de los pobladores se verían vulnerados si no se llega a un acuerdo y el Estado ejecuta su posición.

Los recursos naturales de las comunidades indígenas se encontrarían limitadas dependiendo de los límites que se hayan establecido para el desarrollo del proyecto que se pretenda ejecutar en su territorio

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco conceptual

Derecho

Según la axiología jurídica, el derecho es entendido como un valor mediante el cual es posible establecer una existencia social de bienestar, por cuanto el derecho en tanto orden jurídico positivo, aspira a la materialización de los valores, permite y fomenta la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Es por eso que se entiende que el ideal del Derecho es la justicia.

Derechos fundamentales

Desde una perspectiva dogmática, se concibe como derechos fundamentales a aquellos derechos que se encuentran reconocidos como tales por los ordenamientos jurídicos concretos, destacando sus estructuras antes que sus contenidos y cargas ideológicas o morales; la que considera que se tratan de derechos morales que constituyen límites frente a las mayorías, o la que considera que se trata de los derechos subjetivos garantizados por el Derecho para todas las personas y que son indisponibles e inalienables.

Participación ciudadana como un deber y derecho

Dado que los seres humanos constituimos el fin supremo de la sociedad y del Estado, además la voluntad del pueblo es la base fundamental del poder político, siendo así, se debe de garantizar los medios para una adecuada participación de manera pública, así como la tutela eficaz de sus derechos fundamentales. Es por ello que es una obligación del Estado el garantizar el derecho a la participación

ciudadana; pero, correlativamente, todos los ciudadanos tenemos la obligación de colaborar con el Estado para poder obtener y concretar los propósitos de manera adecuada, responsable empleando los medios institucionales adecuados y pertinentes.

Ley general del ambiente

En la ley general del ambiente se encuentran establecidos que toda persona posee el derecho irrenunciable a poder vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger al medio ambiente (LEY GENERAL DEL AMBIENTE, 2015).

Derecho a la participación en la gestión ambiental

En el Perú se cuenta actualmente con una legislación que exige la participación ciudadana en la gestión ambiental. Cabe a la ciudadanía reclamar y utilizar responsablemente estos espacios de participación, asumiendo compromisos e informándose adecuadamente.

La participación en la gestión ambiental se encuentra normada en el artículo 2^a inciso 17 de la Constitución, que nos garantiza el derecho a participar, en forma individual o colectiva, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Así mismo el artículo 31 establece que es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción y que la ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de sus participantes.

Daño ambiental

A diferencia de su antecesor, el Código del Medio Ambiente y los recursos naturales, la Ley General del Ambiente³ incorporó en su artículo 142 una definición de daño ambiental. Dicho artículo reitera, en primer lugar, el principio general por el cual quien pudiera producir un daño ambiental debe asumir los costos que implique su prevención principio de internalización de costos o su mitigación. A continuación, define como daño ambiental «todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales»⁶. A continuación nos avocaremos al análisis de esta definición (Peña Cabrera , 2012).

Delitos ambientales

La calidad de tipo de peligro del delito de contaminación ambiental suscita la cuestión de la calificación que merezcan aquellos supuestos de contaminación ambiental en los que, junto a la peligrosidad típicamente requerida para la conducta punible, tengan lugar diversos resultados lesivos para las personas o las cosas, susceptibles igualmente de tipificación penal a través de otras figuras delictivas (Reátegui Sánchez, 2006).

Oficina internacional del trabajo

Es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919,

en virtud del Tratado de Versalles. Su Constitución, sancionada en 1919, se complementa con la Declaración de Filadelfia de 1944.

Comunidad campesina

Son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Consulta previa

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

Defensoría del pueblo

Es un órgano constitucional y autónomo regulado en la Constitución Política, cuya función es defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona, entre ellos el derecho a gozar de un ambiente saludable y la comunidad, supervisar

el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

La Defensoría del Pueblo cumple una función mediadora, en la medida que actúa con la finalidad de llegar a una solución justa para el Estado y el particular, pero

2.2. Bases teóricas

2.2.1 DERECHOS HUMANOS

La humanidad ha experimentado a lo largo del tiempo progresos y retrocesos en la protección de los derechos humanos. A lo largo de la historia, la violencia y sus múltiples expresiones, han estado. La esclavitud, las guerras, la inquisición, la intolerancia, los crímenes en serie, los genocidios, la delincuencia, etc., manifiestan que el hombre siempre se encuentra propenso a provocar el perjuicio en la integridad y en el desarrollo de sus semejantes. Este argumento ha sido una constante latente hasta el siglo XX, al haber experimentado dos Guerras Mundiales, que nos han demostrado, hasta qué punto puede llegar la locura y la agresividad del hombre frente a otro hombre.

Un derecho es una titularidad, son inherentes a la persona. Es lo que una persona puede exigir de otra siempre que ello no impida a esa otra persona ejercer sus propios derechos. Los Derechos Humanos son facultades jurídicas de que toda persona goza como ser humano. Son universales y pertenecen a toda persona humana, sin importar su condición social, sexo, etc. Estos derechos pueden ser objeto de violaciones, pero nunca pueden retirarse (Bobbio, 1991).

Es en la Edad Media donde en los conceptos iusnaturalistas se ven sumergidos en las ideas cristianas, siendo así que se introduce el Humanismo Cristiano donde va a sobresalir la ideología de Santo Tomás de Aquino y San Agustín; la Carta Magna de San Juan Sin Tierra será promulgada en Inglaterra y en España se darán los Fueros, como el fuero juzgo, fuero real y el fuero viejo de Castilla.

Los primeros mecanismos para la protección de los Derechos Humanos ; la Declaración de derechos de Virginia de 1714 y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por primera vez van a considerar estos derechos como pertenecientes al ser humano por el hecho de serlo, concediéndoles el carácter de universales, para ser incorporados a las constituciones Nacionales.

Como hemos podido observar los derechos humanos han ido evolucionando a lo largo de la historia, tanto desde una perspectiva legislativa como considerativa. Siendo así, los derechos humanos han pasado de ser declarativos a constituir garantías y derechos vinculantes directamente frente a entes públicos y particulares, siendo que en tal concepción pueden reclamarse directamente ante la jurisdicción nacional o supranacional, debiendo éstas pronunciarse en el sentido que favorezca en mayor medida a tales derechos, por constituir la base sobre la cual reposa cualquier clase de actividad pública o privada.

Los Derechos Humanos en la vida moderna establecen la calidad de la relación entre el Estado y el ciudadano y, a la vez han alcanzado gran importancia dentro de las relaciones internacionales de actualidad. Temas de gran importancia que es necesario en un Estado Social de Derecho donde exista la paz, libertad, justicia y

bienestar, valores que corresponden a los principios fundamentales de la dignidad de la persona humana e igualdad ante la ley sin distinción alguna (Añón, 1992).

2.2.2 DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE

Este derecho tiene como finalidad el garantizar el mantenimiento de las condiciones de la naturaleza que permitan la preservación de las condiciones de existencia de la vida del hombre, que se encuentran reconocidos en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos a través del reconocimiento de la vida. Dentro de las tres últimas décadas recién se ha construido una toma de conciencia en base a los temas ambientales, el antecedente más importante es el Congreso de Estocolmo de 1972, y esto debido a la denuncia de hechos atentatorios cometido por los medios de comunicación así como de diversos grupos sociales, para una defensa de la naturaleza entre otras causas (Franciskovic Ingunza, 2013).

Al hablar de derecho al medio ambiente es necesario tener claro cuáles son los elementos que lo conforman los sujetos activos y los sujetos pasivos. La humanidad, que tiene atribuido la titularidad toda vez que lo que se encuentra en peligro es la supervivencia de todo el planeta, lo cual obliga a pensar globalmente y a actuar localmente, asimismo, porque el deterioro en una parte del planeta afecta necesariamente a las demás. En segundo lugar, las comunidades locales y las poblaciones indígenas, reconocidas en el convenio de las Naciones Unidas sobre la biodiversidad biológica, firmado en Río de Janeiro el 5 de Junio de 1992 se afirma: “Los grupos sociales y profesionales. Reconocido en declaración de Río sobre el Medio Ambiente y desarrollo.”

Los Estados en cooperación con otros Estados, son los Estados dentro de su ámbito de soberanía, siendo sujetos pasivos: los poderes públicos de las administraciones territoriales y locales y los poderes públicos de la Administración central. Los particulares, ya sean las industrias contaminantes y grupos económicos. (San Martín, 2015)

El medio ambiente cuenta con dos dimensiones fundamentales. El medio ambiente natural o abierto y el medio ambiente cerrado. El medio ambiente abierto o natural, se encuentra conformado por el factor vida, ecosistemas, que son producto de la interacción entre los seres vivos y el medio ambiente, ya sea el aire, agua y el suelo. El medio ambiente cerrado, considera todo lo que ha sido construido por el hombre con la finalidad de realizar su vida, satisfacer de este modo sus necesidades, en las cuales se puede incluir: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. La gestión, conservación y desarrollo sostenible de los bosques y el cuidado de sus funciones y sus usos múltiples y complementarios. El fundamento que tiene el derecho ambiental es la dignidad de la persona humana, siendo un fundamento inmediato la necesidad de asegurar el medio ambiente en condiciones de asegurar la supervivencia de la especie humana.

El derecho al medio ambiente se encuentra relaciona con el derecho a la vida, derecho a la información, ya sea en dimensión interna, en el que los ciudadanos deben tener acceso a la información referente al medio ambiente, como el ámbito internacional en el que los Estados deben notificar los desastres naturales o

situaciones de emergencia que puedan ocasionar efectos nocivos sobre el medio ambiente.

2.2.3 LOS PUEBLOS INDIGENAS:

Al hablar de pueblos indígenas nos referimos a aquellas agrupaciones sociales que presentan rasgos característicos que son notorios y permite que sean distinguidos de la cultura occidental-global. Son agrupaciones sociales que pese de su amplia y extensa disparidad (aproximadamente se considera la existencia de trescientos millones de pueblos indígenas distribuidos por todo el mundo) parecen tener algo que los identifica como tales y es, precisamente, el hecho de que presentan una clara discontinuidad frente a la continuidad cultural que representan los países occidentales u occidentalizados (Del Mar Moro Gonzáles, 2007).

En términos generales, se entiende que el nombre “pueblos indígenas” se aplica a grupos etno-culturales que han mantenido una estrecha relación con un territorio a lo largo de varias generaciones –lo que en parte les otorga una identidad cultural distinta– y que posee una organización capaz de ser reconocida como un autogobierno (autonomía). En el ámbito internacional, se utiliza sobre todo el nombre “pueblos indígenas”, aunque algunos acuerdos internacionales y organizaciones utilizan otros términos, tales como “pueblos aborígenes”, «pueblos tribales”, “first peoples”, “pueblos originarios”, o “pueblos nativos” (Kingsbury, 1988).

No hay una definición oficial de pueblos indígenas. Es muy difícil encontrar una única definición que abarque adecuadamente la diversidad de pueblos existentes y que no incluya o excluya pueblos indebidamente. En América del Sur y del Norte, puede parecer evidente afirmar que son aquellos que vivieron allí antes de que la

colonización europea comenzara, pero no es tan claro en el caso de otros continentes, como en Micronesia, o en el caso de las minorías en China o los grupos étnicos en África. A pesar de reconocerse que no existe una única definición universal de pueblos indígenas, presentamos algunas de las definiciones más utilizadas: La definición utilizada por las Naciones Unidas Aunque las Naciones Unidas no han desarrollado una definición oficial de la definición elaborada en 1986 por Martínez Cobo, en la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación de Minorías, ha ejercido un papel importante a nivel internacional: Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disímiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad, están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.

Las comunidades locales y las poblaciones indígenas se encuentran reconocidas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la biodiversidad biológica, firmado en Río de Janeiro el 5 de Junio de 1992 se afirma: Los grupos sociales y profesionales. Reconocido en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

El artículo 21 de la Convención Americana protege la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales La jurisprudencia de la Corte establece claramente que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana

comprende el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a usar y gozar de la propiedad comunitaria. La Corte ha sostenido consistentemente que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.

Además, la Corte ha sostenido que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”. De este modo, de acuerdo con el artículo 21 de la Convención, “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”. Asimismo, la Corte en el caso del Pueblo Saramaka señaló que “dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”. Dado que Perú es parte de la Convención Americana, se encuentra jurídicamente obligado a proteger los derechos a la propiedad comunitaria de los miembros de sus comunidades indígenas y tribales, así como a garantizar el pleno ejercicio de estos derechos mediante la concesión a las comunidades de los títulos legales sobre sus tierras (Andrada & Gonza, 2010).

2.2.4 LA CONSULTA PREVIA HACIA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS:

La consulta previa es un derecho de las comunidades indígenas que se encuentra reconocido y fundamentado en el Convenio 169 de la OIT, y como todos los derechos conquistados por los sectores históricamente más despreciados de cualquier sociedad tiene una amplia historia, puesto que en el camino se tuvo que luchar para poder eliminar los prejuicios y así poder construir nuevos conceptos de justicia que tuvieran en cuenta sujetos colectivos, y también para enfrentar la cerrada oposición de algunos gobiernos que consideraban inadmisibles dar derechos especiales al sector social al que este convenio está dirigido (Chirif, 1977).

En términos sencillos, participar significa 'tomar parte en algo' hacer común una cosa que es de todos. Participamos porque como seres humanos hemos logrado un alto grado de socialización, que nos permite reunirnos con otros por muchos motivos. En nuestra vida cotidiana, tomamos parte en diversos grupos y actividades, que van desde un simple círculo de amigos, ser socios en una empresa comercial o profesional, ser militante de un partido político, ser integrante de una comunidad campesina o nativa hasta el hecho de ser ciudadanos de un Estado o país. La participación y su relación con la democracia La participación es uno de los elementos básicos de la democracia: no se la concibe sin la participación activa de los ciudadanos, pues la democracia es, por naturaleza, un sistema de gobierno –un sistema de vida– fundamentalmente participativo.

2.2.5 OBJETO DE LA CONSULTA:

El objeto de la consulta previa se da dentro de la medida legislativa y la medida administrativa, está constituido por la medida estatal, es decir, que deberá ser

sometida a consulta las decisiones ya sean de medida administrativas o legislativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas antes de que se realice el daño o el inicio del proyecto que se pretende realizar.

La participación de la población a realizar la consulta, tiene especial significación para el desarrollo humano integral. Es un instrumento que permite a la persona el pleno desarrollo de sus aptitudes y capacidades, las cuales deben estar al servicio del desarrollo y progreso integral de la comunidad. La participación en la democracia se concibe como medio de especial importancia para el logro del bien común. La participación puede entenderse genéricamente como el hecho de los ciudadanos de involucrarse en los asuntos públicos. Esta definición asume de entrada que hay muy diversas maneras de involucrarse. En este sentido, las maneras de involucrarse que se mencionan con mayor frecuencia son las referidas a la participación ciudadana y a la participación política. Como hemos visto, la participación ciudadana es considerada un medio, una manera de lograr beneficios para la sociedad. Pero la participación es también un fin en sí misma, pues es un derecho consagrado por las Constituciones de muchos países y por diversos convenios internacionales, así como destacado en los estándares internacionales del sector. El derecho a la participación ha sido reconocido universalmente como un derecho humano.

2.2.6 RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE

Los recursos naturales son aquellas parte de la Naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, es decir, son los elementos naturales que el ser

humano aprovecha para poder satisfacer sus necesidades ya sean materiales o espirituales.

Estos se diferencian de los elementos naturales que están conformados todas las cosas que la Naturaleza brinda, independientemente de su utilidad (Ballón Aguirre , 2004).

El Medio ambiente o también denominado habitad natural, es considerado como todo aquello que la naturaleza ha producido o produce, con o sin la mano del hombre. Siendo así, cualquier obra existente o intervención humana se traduciría en intervenciones u obras naturales dado que se insertan en el recorrido ya trazado por un ambiente encontrado y no alterado.

Pérez Luño, el término ambiente tiene como interpretación múltiples definiciones y esto va a permitir elaborar diversas clases de ambiente según los elementos que lo vayan a componer. De este modo estamos hablando de un ambiente físico o natural, que se encuentra conformado por la biosfera, que es el equivalente a la agrupación de recursos naturales (procesos y elementos) (Perez Luño, 2009).

2.2.7 CONSIDERACIÓN DEL AMBIENTE COMO UN BIEN COLECTIVO:

Un aspecto preliminar, pero igualmente importante con respecto al bien jurídico protegido en delitos ambientales, es su consideración como un bien jurídico de colectividad. Tal y como lo declara el Dr. Vercher, el medio ambiente en el presente, es considerado como una necesidad cultural y social, y también un bien jurídico cuya protección es progresivamente sentida y sobre todo, exigida por la sociedad (Vercher Noguera, 2005).

En relación con la Corte Constitucional, en sentencia T-415 de 1992, Ciro Angarita, manifestó: El derecho al medio ambiente y, en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana (Corte Constitucional - sentencia T-415 , 1992).

LEY N° 29785:

La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

2.2.8. ¿Derecho fundamental, constitucional o humano?

¿El derecho de consulta previa es un derecho constitucional, fundamental o humano?

A consecuencia de esta interrogante es preciso señalar lo siguiente:

- Primer plano de diferenciación

Para el estudio de estas expresiones es conveniente estudiar juntas las expresiones Derechos humanos y derechos fundamentales; dejándose para un momento final la

referencia a los derechos constitucionales. La diferenciación entre las dos primeras expresiones puede formularse desde dos planos. El primero de ellos, es el que diferencia Derechos humanos de Derechos fundamentales según se esté aludiendo a la norma internacional o al ordenamiento nacional de un concreto Estado. La expresión Derechos humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión Derechos Fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –la Constitución- y que gozan de una tutela jurídica reforzada (Messner , 1966).

Como se tiene escrito, “se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño , 2001).

Actualmente esta diferenciación es plenamente comprobable en las distintas instituciones o cuerpos normativos que recogen los derechos de las personas. Así, por ejemplo, la expresión Derechos Humanos es empleada en los textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; o en las resoluciones de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que a nivel de la legislación interna se puede leer, por ejemplo, la expresión Derechos

Fundamentales en la primera parte de la Constitución alemana (Die Grundrechte); en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de la constitución española (CE); y en fin, en el capítulo I del título I de la constitución peruana (CP) (Castillo Córdova , 2003).

- **Segundo plano de diferenciación**

Como se ha dicho, este grupo de expresiones son “más neutrales” que las estudiadas inicialmente. Sin embargo, no suponen una neutralidad plena o completa. Buena muestra de ello nos la da uno de los planos de diferenciación que se suelen utilizar para distinguir el empleo de la expresión Derechos humanos de los derechos fundamentales y cuyo estudio se abordará en este apartado... Según un segundo plano de diferenciación, los Derechos humanos son solo criterios morales, sin ninguna connotación jurídica y, consecuentemente, sin la capacidad de vincular u obligar jurídicamente. Los criterios pueden ser correctos o incorrectos, acertados o desacertados, lo que los define es constituir una pauta de decisión, una línea de argumentación para ejecutar algo práctico. Así la expresión Derechos humanos se utilizaría en el ámbito de la deliberación previa a toda decisión jurídica para significar aquellos criterios o pautas morales que fundamentan y pretenden legitimar, por ejemplo, la aprobación de una norma o la emisión de una determinada sentencia. Son pautas que se emplearán, en una argumentación de *lege ferenda* o de *sentetia ferenda*, y sobre las cuales existe el convencimiento de su reconocimiento positivo debido a su bondad intrínseca (Castillo Córdova , 2003)

Si observamos cómo se elabora una ley en el parlamento veremos que eventualmente sus miembros –que pertenecen a diversos partidos políticos-

arguyen los derechos humanos que la ley debe proteger, porque es moralmente exigible en virtud de tales o cuales razones. Y algo similar sucede si tenemos en cuenta la argumentación judicial, aunque en este caso el grado de creatividad viene delimitado por la ley que el juez aplica, y, por tanto, los propios criterios que maneja en su decisión también son objeto de esa delimitación. También los manifestantes expresan en sus pancartas que tal o cual país no respetan los derechos humanos que debería respetar. ¿Qué es lo común a todos estos fenómenos de proclamación o de reivindicación? Pues sencillamente el hecho de que se exige el reconocimiento de determinados valores o criterios morales en virtud de su bondad intrínseca (Robles , 1997).

Un modelo integral de derechos humanos, se ha dicho, “supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno (...). Supone aceptar que la eficacia social de esas pretensiones morales necesita de su incorporación al Derecho positivo. Supone igualmente, que la relación entre moralidad y Derecho positivo necesita de la mediación de un poder político que asuma esos valores políticos, y los incorpore a su Ordenamiento como valores del Derecho” (Peces Barba , 1999).

Para poder tener un mejor entendimiento, en un supuesto caso en el que el derecho a la libertad de expresión no sea recogida expresamente por nuestra constitución ni otra norma legal. Además en el hipotético caso que el Perú no haya firmado ningún convenio internacional acerca de los derechos humanos.

Este derecho no podrá ser invocado en los tribunales de justicia ya que no existe en estricto un derecho subjetivo por lo tanto no se podrá invocar ni reclamar la defensa activa.

En ese nivel solo podrá ser una exigencia moral, por lo tanto será necesario un acto de positivización en el ordenamiento jurídico para que posteriormente sea declarado como un derecho verídico. Entonces solo podrá ser reclamado como un criterio moral que será exigido en la calle y usado en la comunicación de los diferentes actores políticos para discurrir la escasez de reconocer el derecho indicado.

Solo será necesario la positivización para que estos criterios morales pasen a ser derechos regulados en nuestro ordenamiento jurídico como la constitución que es nuestra norma fundamental. Lo que trae como consecuencia que estos derechos subjetivos pasen a ser derechos fundamentales, de modo que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados.

En sí, el acto de positivización recubre jurídicamente a estos nuevos derechos que no podrán recibir otro renombre que “fundamentales” que serán regulados por el ordenamiento jurídico que los ha recogido.

A este respecto es muy didáctico Pérez Luño cuando escribe que “mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el apartheid de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o

reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos” (Pérez Luño A. , 1998).

Cabe resaltar e indudablemente indicar que los derechos humanos no son verdaderos derechos sin embargo esto no denota que en la actualidad no se pueda invocar derechos tales como el derecho a la vida, al trabajo, a la libertad ante los tribunales. Los derechos humanos son evocados pero no por sí mismo, sino por el reconocimiento en la norma legal.

- **Caso peruano**

En lo que atañe la expresión Derechos fundamentales y Derechos constitucionales se debe partir de la aceptación de que todos los derechos contenidos en el texto constitucional peruano pueden ser denominados como Derechos constitucionales. Esta afirmación no necesita de mayor fundamentación ni justificación, pues a los derechos se les esta calificando según el nombre de la norma que los contiene reconocidos: los derechos son derechos constitucionales porque están reconocidos en la Constitución. Dicho esto, se debe advertir que el capítulo I, del título I de la constitución peruana se denomina “Derechos fundamentales de la persona”. Esto indicaría que los derechos que en el mencionado capítulo se recogen, no son meramente derechos constitucionales, sino que tendrían una suerte de “fundamentalidad” que les atribuiría una especial significación. Esto los haría distintos –más importantes- que los restantes derechos constitucionales que no se recojan en el mencionado capítulo. De esta manera, parecería que la distinción entre Derechos fundamentales y Derechos constitucionales si es

útil en el caso constitucional peruano. ¿Es esto realmente así? (Castillo Córdova , 2003).

Según se aprecia en nuestra carta magna, en diversas oportunidades se menciona derecho fundamental, constitucional y humano. Sin embargo en el capítulo I indica los derechos fundamentales constitucionales y los restantes serían solamente derechos constitucionales.

Significa que aquellos distintos derechos de la persona que estén estipulados en otras disposiciones de la constitución poseen el mismo valor que los estipulados en el artículo 2. En otras palabras el listado de derechos que son recogidos en el artículo indicado no es una lista cerrada, sino una lista abierta y enunciativa de derechos.

Por lo tanto no existe ninguna diferencia en nuestro país ya que la división entre derechos fundamentales constitucionales y derechos constitucionales no fundamentales, se les otorga la misma protección.

En cuanto a los derechos humanos la cuarta disposición final y transitoria indica *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*¹ “entonces los tratados serían tomados en consideración como derecho nacional ya que se rigen según la constitución por lo tanto estos tres términos no tendrían

¹ Cuarta disposición final y transitoria de la constitución política del Perú de 1993

diferencia. Sin embargo es preferible hablar de derechos constitucionales para dejar de lado alguna discrepancia.

2.2.9. Derecho a la consulta previa

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano menciona como concepto de consulta previa a aquel derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos a ser consultados sobre medidas legislativas u administrativas que puedan afectarlos en forma directa, acorde con la normativa internacional, de modo especial el Convenio 169 de la OIT. Se concluye que el derecho a la consulta previa es fundamental y es fruto de la evolución hacia una mayor protección de los pueblos indígenas, que históricamente se encontraban relegados. El fin primordial es la preservación de su subsistencia y permanencia en los Estados que poseen pueblos indígenas, protegiendo sobre todo su derecho a una cultura propia, identidad e integridad territorial (Angles Yanqui, 2015).

2.2.10. Derechos colectivos de las comunidades indígenas u originarias

- Derecho a la propiedad colectiva sobre tierras y territorios

En esta sección se aborda el desarrollo de la jurisprudencia del SIDH sobre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Para la protección de este derecho con base en las obligaciones contenidas en los instrumentos interamericanos, la CIDH y la Corte IDH han partido de reconocer que los pueblos indígenas ejercen formas particulares de propiedad que tienen una dimensión colectiva. A su vez, han advertido que para estos pueblos las tierras y territorios históricamente ocupados cumplen no solo un rol material o de sustento, sino

que también constituyen el espacio histórico, físico y espiritual en el cual basan su identidad y sobre el cual descansa su propia existencia como grupo diferenciado. Partiendo de tales premisas fundamentales, que serán desarrolladas en primer lugar en esta sección, los órganos del Sistema Interamericano han dotado de contenido específico al derecho a la propiedad colectiva, desarrollando obligaciones estatales correlativas. En particular, se encuentran el derecho a la posesión y uso del territorio, el derecho a la titulación y registro de la propiedad indígena, el derecho a la delimitación y demarcación, la protección frente al desplazamiento forzado, el derecho a la restitución del territorio y la protección frente a conflictos jurídicos con terceros (Ministerio de Cultura, 2016).

- Uso tradicional de los recursos naturales

Cuando en el SIDH se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal, se reconoce a su vez que estos son titulares de derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en sus tierras y territorios utilizados tradicionalmente. Si bien en otros ámbitos se entiende que el derecho al uso tradicional de los recursos naturales constituye un derecho autónomo, en el SIDH su reconocimiento se deriva del derecho a la propiedad indígena, entendiendo que esta alcanza a aquellos recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios y que han utilizado tradicionalmente, incluyendo en estos usos los de carácter espiritual o cultural que permiten el desarrollo de su identidad. Como han afirmado los órganos del SIDH, de no reconocerse el uso y goce tradicional de los

recursos naturales, no sería posible que los pueblos indígenas mantengan su identidad cultural, estructura socioeconómica y costumbres. En ese sentido, el ejercicio de este derecho permite la subsistencia del pueblo y la protección de su cosmovisión (Ministerio de Cultura, 2016).

Dicho de otra forma este derecho colectivo deriva del derecho de propiedad indígena que advierte que los recursos genuinos situados en territorio de la comunidad, pertenecen a ellos ya que estos representan parte de sus actividades tradicionales y/o religiosas además que son parte de su identidad como pueblo.

2.2.11. Etapas del proceso de consulta previa

Con el fin de que el proceso de consulta previa se lleve a cabo conforme a lo estipulado por la ley del derecho a la consulta previa, se está en la obligación de recorrer por las siguientes siete etapas:

- **Identificación de la medida a consultar**

Se refiere a la tarea que tienen las entidades promotoras de identificar aquellas medidas administrativas o legislativas que de ser aprobadas pueden afectar de manera positiva o negativa los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Si como resultado de esta etapa se concluye que si se aprueba la medida se va a producir dicha afectación, ya sea positiva o negativa, entonces se da paso a la consulta previa. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y no tiene un plazo definido (Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios Guía metodológica, 2014).

En otros términos es una especie de filtro en la cual la identidad verifica si dicha medida afecta de manera positiva o negativa, en todo caso afecte de la segunda manera se dará paso a la consulta previa.

- **Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados**

Consiste en identificar al sujeto del derecho a la consulta previa. Es decir, si la población que podría verse afectada por la aprobación de la medida es un colectivo que además es o pertenece a un pueblo indígena u originario. En este punto se debe tomar en cuenta que la consulta previa aplica en los casos en que se estén afectando los derechos colectivos de estos pueblos.

La identificación de los pueblos indígenas u originarios es una tarea que está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido. La identificación se realiza sobre la base de los criterios de identificación que desarrolla la normativa nacional e internacional vigente (Ministerio de Cultura , 2014).

En esta etapa se verificará si es vulnerado algún derecho colectivo de las comunidades indígenas que anteriormente se haya producido su debida identificación como tal.

- **Publicidad de la medida a consultar**

Consiste en la difusión de la medida y del Plan de Consulta. Para ello deben entregarse la Propuesta de la medida a consultar y el Plan de Consulta a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios. Estos documentos, y el acto de entrega, deben ser publicados en el portal web de la entidad promotora. Es partir de este momento que se contabiliza el plazo de inicio

del proceso de consulta previa. Esta etapa también está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido (Ministerio de Cultura , 2014).

En otras palabras la función o acción principal en esta etapa es la de publicar dicha propuesta en el sitio web de la entidad.

- **Información**

Esta etapa tiene como objetivo el conocimiento y la comprensión de la medida legislativa o administrativa a consultar por parte de los pueblos indígenas u originarios, de manera que estos tengan a la mano todos los elementos para realizar un análisis de la medida. Es así que la entidad promotora tiene como tarea informar a las organizaciones y representantes de los pueblos sobre los motivos, implicancias, afectaciones, impactos y consecuencias que tendría la medida. Cabe mencionar que la información proporcionada debe ser culturalmente adecuada, por lo que debe considerar, por ejemplo, el idioma, la geografía y el ambiente en el que se desenvuelven estos pueblos, entre otros aspectos Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y debe realizarse en un plazo de entre 30 y 60 días calendario (Ministerio de Cultura , 2014).

Dicho de otro modo el entendimiento e indagación de la medida a adoptar por parte de la comunidad es clave para poder lograr el avance a la siguiente fase.

- **Evaluación interna**

Consiste en el proceso de evaluación y análisis que realizan los pueblos indígenas u originarios acerca de los alcances, incidencias, afectaciones e impactos que la medida administrativa o legislativa que pueda ocasionar

sobre sus derechos colectivos. Este proceso está a cargo de los pueblos consultados y debe tener una duración máxima de 30 días calendario. El proceso terminará con la entrega de los Resultados de la evaluación interna a la entidad promotora. En este caso, la tarea de la entidad promotora es brindar apoyo logístico a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios para que lleven a cabo esta etapa (Ministerio de Cultura , 2014). En esta fase la comunidad indígena realizará una revisión e investigación acerca de los agravios que sufran a consecuencia de la medida.

- **Diálogo**

En esta etapa se concreta el diálogo entre la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios a través de sus representantes acreditados. El objetivo es la búsqueda de consensos sobre aquellos aspectos de la medida que susciten diferencias respecto a las posiciones de los pueblos indígenas u originarios. El diálogo culmina con un Acta de Consulta, el cual incluye los acuerdos, desacuerdos, actos u ocurrencias del proceso. Los acuerdos a los que se llegue en esta etapa son de cumplimiento obligatorio para las partes. Esta etapa cuenta con la participación de la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios, teniendo una duración máxima de 30 días calendario (Ministerio de Cultura , 2014).

Es decir en esta se logra una interlocución entre ambos representantes tratando de sanear y llegar a un consenso.

- **Decisión**

Se trata de la etapa en la cual la entidad promotora toma la decisión final respecto a la medida que ha sido consultada. Esta decisión debe respetar

los acuerdos resultantes del proceso de consulta previa. En el caso de no tener acuerdos, la entidad promotora debe tomar la decisión sobre la base de una motivación que garantice el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Una vez que la entidad promotora toma la decisión final, esta debe elaborar el Informe final sobre el proceso de consulta y enviarlo a los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios que fueron parte del proceso. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido (Ministerio de Cultura , 2014).

2.2.12. Identificación de pueblos indígenas u originarios

Este proceso reside en el progreso de seis pasos consecutivos, los cuales respaldan un correcto reconocimiento de los sujetos de derecho que pueden ser perjudicados positiva o negativamente por las medidas administrativas o legislativas que serán preguntadas.

Paso 1: Definir los criterios de identificación

Depende en instituir qué pautas de reconocimiento serán analizadas en el proceso. Para ello se debe tomar en consideración las acepciones instauradas, antes que nada, por el Convenio 169 de la OIT, en su artículo nº 1, y que han sido congregadas por la Ley N° 29785, en su artículo nº 7 y en el artículo nº 3 de su Reglamento.

Artículo nº 1 del Convenio 169 de la OIT. La definición de pueblos indígenas u originarios contiene varios elementos que los define:

Son pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, se encuentran regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial, son 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, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas y la conciencia de su identidad o tribal se considera como un criterio fundamental para identificar a estos grupos (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1991).

De esta forma se han contemplado dos tipos de criterios para reconocer a los pueblos indígenas u originarios: objetivos y subjetivo.

Los criterios objetivos son los siguientes:

- **Continuidad histórica:** Dan prueba de la realidad de sociedades desde tiempo atrás a la etapa de la conquista, colonización o las fronteras presentes.
- **Conexión territorial:** Dan recuento de poblaciones cuyos antepasados residían en el país o región.
- **Instituciones distintivas.** Da cuenta de las colectividades que conservan o contienen algunas o todas sus instituciones propias.

En el caso del criterio subjetivo, se tiene:

- **Auto identificación:** Hace mención a la conciencia de la colectividad de ostentar una identidad indígena u originaria. Esto es, independientemente de emplear el término «indígena» u «originario», lo significativo es la conciencia de la colectividad de tener una identidad colectiva, protegida además por una historia que detalla su carácter oriundo. En este sentido, es el reconocimiento del propio pueblo como parte de un grupo social y culturalmente distinto. Este aspecto es tomado en cuenta como un criterio primordial en la identificación de un pueblo indígena u originario.

Para especificar si una población es o corresponde a un pueblo indígena u originario estará obligado a exteriorizar características que den razón de la existencia de los criterios mostrados. Igualmente, se tendrá en consideración que estos criterios son concurrentes. En resumen, se piensa que los pueblos indígenas u originarios son aquellos que tienen su raíz en tiempos pasados a las actuales fronteras, cuya causa tiene sitio en este país y región, que mantienen todas o parte de sus instituciones distintivas y que poseen una identidad colectiva y originaria.

Paso 2: Establecer los temas clave

Sobre la base de los criterios de identificación antes descritos, el viceministerio de interculturalidad ha fundado ocho temas clave. Estos temas nos deben comunicar una secuencia de particularidades que edifican la información mínima necesaria para una correcta identificación de pueblos indígenas u originarios. Seguidamente definiremos cada uno:

1. Autoidentificación y autodenominación

Alude a cómo se diferencia, determina y designa un colectivo humano en relación a su dominio frente a un pueblo indígena u originario. En otros términos, hace mención a la realidad de una identidad colectiva y, asimismo, de índole originario. Desde la autoidentificación es posible agrupar información que permita ejecutar el criterio subjetivo de identificación de los pueblos indígenas u originarios, conforme un grupo colectivo identifica que posee una identidad, la cual advierte de su carácter oriundo y que es diferente a la de otras esferas de la sociedad.

2. Lengua o idioma

La lengua o idioma es una institución sociocultural que expresa la identidad de un pueblo, ya que es un referente de su cosmovisión y permite la transmisión de conocimientos. De este modo, la lengua permite comprobar el criterio objetivo de instituciones distintivas y la continuidad histórica, en los casos en que la lengua utilizada sea originaria. La información que recojamos de acuerdo a este tema clave debe permitirnos establecer si la población conserva su lengua originaria de forma parcial o total, así como todos aquellos aspectos vinculados a su uso, como los espacios en los que se emplea la lengua, quienes la utilizan, entre otros (Ministerio de Cultura , 2014).

3. Historia de la comunidad, localidad o pueblo

Este asunto fundamental nos permite comprender la historia de delimitado pueblo y conocer si este se encontraba antes del

establecimiento del Estado. Para esto se debe compilar información sobre los procesos memorables del pueblo, los cuales responden a la perspectiva objetiva de continuidad histórica y de conexión territorial.

4. Organización social

La organización social es una colectividad de particularidades e instituciones que son característicos de un pueblo y que dan razón de su continuidad histórica. Algunos del organismo social son la separación de roles de género, las divisiones generacionales, las relaciones de parentesco, entre otros aspectos.

5. Organización política

Este asunto hace mención a las instituciones que tienen las poblaciones para escoger a sus representantes; además contiene los procedimientos para tomar elecciones, ejercer justicia, establecer normas para la vida habitual de sus residentes, etc. Es importante recordar que los datos que se recoja a partir de este asunto fundamental deben permitir reconocer a las organizaciones representativas del pueblo.

6. Actividades económicas

Las actividades económicas nos hablan de cómo se encuentra relacionado el pueblo con su entorno, por lo que también están ligadas a su identidad, a su continuidad histórica y, especialmente, a la conexión con su territorio, lo que se relaciona con el uso del suelo, de los recursos naturales, de las herramientas ancestrales, entre otros. Entre los aspectos que debemos recoger a partir de este tema

clave se encuentran las prácticas y costumbres ancestrales relacionadas a la reproducción de las actividades de sustento. También se debe indagar acerca de la antigüedad de las costumbres, prácticas y tecnologías relacionadas, así como cambios y continuidades (Ministerio de Cultura , 2014).

7. Uso del territorio y de los recursos naturales

El uso del territorio y de los recursos naturales es un tópico que nos debe acceder saber si la comunidad usa el territorio conforme a ciertos modelos culturales y sociales que los diferencian, los cuales deben señalar cómo se utiliza y administra el espacio terrestre. Este tema además nos debe ofrecer información sobre la importancia social, cultural y económica que posee el espacio circunscrito para el pueblo.

8. Cosmovisión, creencias y prácticas ancestrales

Este último tema fundamental nos debe permitir agrupar información sobre cómo la comunidad distribuye su conocimiento en relación al universo, el mundo, la naturaleza, los seres humanos y la colectividad. Esta manera de estructurar el conocimiento también concede a los pueblos fundar valores y normas que encaminan las prácticas habituales, así como acciones ancestrales relacionadas a la vida en sociedad, tal como la asistencia familiar, el resguardo del ambiente, entre otros. Este asunto tiene conexión con la existencia de instituciones características y de la comprensión de una identidad grupal y oriunda.

PASO 3: RECOLECTAR LA INFORMACIÓN

A partir de los criterios de identificación y de los temas clave definidos, corresponde la recolección de información necesaria para la identificación de pueblos indígenas u originarios. Para eso tenemos que pasar por dos fases: i) la revisión de información de fuentes secundarias y ii) la recolección de información de primera mano o trabajo de campo. A continuación desarrollaremos cada una de las fases mencionadas (Ministerio de Cultura , 2014).

i) Revisión de información de fuentes secundarias

Este período consta en la selección de información ya presente acerca del pueblo o poblaciones del aspecto de la medida. Esta información puede encontrarse en indagaciones realizadas previamente, mapas, textos de historia, narraciones, diarios, páginas digitales, sondeos y censos nacionales, del mismo modo que la base de datos de pueblos indígenas u originarios del VMI. Es muy imprescindible que las fuentes que sean consideradas para la verificación de la información sean fidedignas y que den cuenta del entorno particular de la identificación.

ii) Recolección de información de primera mano o trabajo de campo

El trabajo de campo consiste en un proceso de recojo de información a partir de los propios actores, es decir, las comunidades, pueblos o poblaciones que se ubican en el ámbito de la medida a consultar. El objetivo de esta actividad es, principalmente, recolectar información social que permita la identificación de pueblos indígenas u originarios en el ámbito de la medida. De igual manera, un objetivo secundario sería recolectar información social que permita la identificación

de posibles afectaciones a los derechos colectivos de estos pueblos. La información que se recoge está relacionada con los ocho temas clave desarrollados anteriormente. Además, esta debe permitir el análisis posterior en función de los criterios de identificación presentados. Tal como se ha indicado, la identificación de pueblos indígenas u originarios es responsabilidad de la entidad promotora, lo cual incluye la recolección de información de primera mano o trabajo de campo. El trabajo de campo debe ser realizado por un equipo capacitado en la aplicación de técnicas de recolección de información social y con experiencia con poblaciones étnicamente diversas.

El trabajo de campo se organiza mediante lo siguiente: la planificación y el ingreso a campo y el relacionamiento con las poblaciones receptoras. A continuación se describen las actividades recomendadas para la realización del trabajo de campo (Ministerio de Cultura , 2014).

A modo de síntesis de podría indicar que la información debe ser recogida por los pobladores de las comunidades, teniendo en consideración que se debe extraer o conseguir información que revele o demuestre la afectación de sus derechos colectivos.

2.3. Marco normativo

El procedimiento de consulta previa está estipulado en un compuesto de normas reguladas tanto nacional como internacionalmente, detalladas a continuación:

- **Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**

Esta regla fue acogida en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en la metrópoli de Ginebra, el año 1989. En el Perú, el acuerdo fue corroborado en el año 1994, ingresando en validez en 1995, adquiriendo nivel constitucional. Es en el contexto de esta regla que se concibe la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, distinguidos en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, y su Reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC), similar como la «Directiva que regula el funcionamiento de la sustento de información de los Pueblos Indígenas u Originarios» (Directiva N° 03-2012-MC). El Convenio 169, en el artículo n° 1, precisa que como pueblos aborígenes aquellos que provienen de colectividades que moraban el territorio en la etapa del establecimiento de las presentes líneas divisorias estatales y que mantengan todos sus establecimientos característicos, o sección de ellas. Igualmente indica que la consciencia de su personalidad indígena debería tomarse en cuenta un aspecto primordial para precisar los grupos a los que emplea el Convenio en el artículo n°1, numeral 2.

- **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas**

Esta declaración fue profesada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007. En ella se distingue el derecho de los pueblos indígenas al goce absoluto de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales. De igual modo, insta que estas localidades son independientes e iguales a todos los otros pueblos e individuos, y que poseen derecho a no ser materia de ningún modelo de discriminación, en la práctica de sus derechos.

En específico en el artículo 18 indica lo siguiente: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2006).

Y el Artículo 19 indicando lo siguiente: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2006).

• **Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT- Ley N° 29785**

Promulgada el año 2011, es el medio legal que erige el trámite para llevar a cabo el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios anterior a la admisión de medidas administrativas o legislativas que puedan menoscabar sus derechos colectivos. De igual manera, esta Ley establece en su artículo n° 7 los criterios para la identificación de los pueblos indígenas indicando lo siguiente: Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:

Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, instituciones sociales y costumbres propias y patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional...El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos (Poder legislativo , 2011).

- **Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT**

El Reglamento de la Ley de derecho a la consulta previa, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ingresó en vigor en abril del 2012. Este reglamento regla el paso a la consulta, los detalles primordiales del proceso y la concretización de pactos.

- **Directiva que aprueba los lineamientos que establecen instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios.**

La Directiva es un instrumento del VMI elaborado con el fin de establecer un conjunto de lineamientos, procedimientos e instrumentos para llevar a cabo la identificación de pueblos indígenas, como parte del proceso de consulta previa

estipulado en la Ley N° 29785. A partir de los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios establecidos en la normativa nacional e internacional, la Directiva plantea los instrumentos de recolección de información (Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios Guía metodológica)

III. METODO

3.1. Tipo de Investigación

Tenemos que nuestro trabajo de investigación, debe contar con ciertos requisitos para que se establezca como un estudio calificado, por ende, todo aquel aspecto metodológico se basa en describir todas aquellas situaciones encontradas en la investigación y a la vez se debe detallar aquellos hechos concernientes a la misma.

Diseño de Investigación

En este caso, se establece que el diseño del presente trabajo es No Experimental, eso quiere decir, que no se debe influenciar en las variables descritas anteriormente. Por lo que, decidimos elegir este diseño porque todos los sucesos se presentan tal cual, los mismos que serán estudiados con posterioridad. También se puede señalar que el diseño es Transversal, porque como hemos visto, el presente trabajo consta de recolectar todo tipo de información, la misma que nos dará como resultados, todos aquellos datos que en su momento serán de ayuda para seguir elaborando la investigación.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Poblacion

La población de este trabajo de investigación estuvo constituida por los abogados de la defensoría del pueblo, funcionarios del MINAM y funcionarios del ministerio de cultura.

3.2.2. Muestra

Asumimos como muestra aquella que es no probabilística, implantando un muestreo deliberado que busca ser específico, el mismo que cuenta como muestra a 80 personas.

En la selección de la muestra se considerará un muestreo intencional que busca ser representativa, la misma estará constituida por 80 personas del siguiente modo:

- | | | | |
|----|--|---|----|
| a. | Funcionarios del ministerio de cultura | : | 27 |
| b. | Funcionarios del ministerio del ambiente | : | 27 |
| c. | Abogados de la defensoría del pueblo | : | 26 |

3.3. Operacionalizacion de Variables

- La *variable independiente* es aquella cuyo valor no depende de otra variable. Es aquella característica o propiedad que se supone es la causa del fenómeno estudiado. En investigación experimental se llama así a la variable que el investigador manipula.
- La *variable dependiente* es aquella cuyos valores dependen de los que tomen otra variable. La variable dependiente en una función que suele representar por y . La variable dependiente se representa en el eje ordenadas. Son las

- variables de respuesta que se observan en el estudio, y que podrían estar influidas por los valores de las variables independientes.

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

La consulta previa

- INDICADORES
 - Responsabilidad penal
 - Ley 29785

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

Derechos Humanos

- INDICADORES
 - Participación de las comunidades indígenas
 - Derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa

- **ESCALA DE MEDICIÓN**

- Nominal
- Nominal
- Nominal

3.4. Instrumentos

- **Revisión documental.** -

De acuerdo a nuestro tema, como lo es la consulta previa y su valoración en la toma de decisiones, consideramos que existe todo tipo de información que será bien empleada en la elaboración del trabajo, por lo que dicha técnica, nos permite adquirir datos todo tipo de compendios, teorías de acuerdo al tema, modelos que en otros países tal vez ya se emplearon y que podría servir en el Perú.

- **Entrevistas.** -

Esta técnica se ha aplicado para obtener datos de parte de las personas entrevistadas en relación al estudio materia de investigación.

- **Cuestionario.** -

Es una técnica recogida de información que supone un interrogatorio en el que las preguntas establecidas de antemano se plantean siempre en el mismo orden y se formulan con los mismos términos.

- **Formato de Encuestas**

En este caso, se debe tener en cuenta todas aquellas interrogantes, las mismas que deben estar correctamente planteadas para que los propios investigadores puedan plantearse las a aquellas personas que están colaborando con la investigación.

- **Guía de Cuestionario**

Para este punto, se sabe que todas las interrogantes ya deben estar corregidas, fijadas y detalladas por el tema al cual se está haciendo referencia.

3.5. Procedimiento

Se designarán dichas técnicas:

Análisis documental.-

De acuerdo a nuestro tema, como lo es la consulta previa y su valoración en la toma de decisiones, consideramos que existe todo tipo de información que será bien empleada en la elaboración del trabajo, por lo que dicha técnica, nos permite adquirir datos todo tipo de compendios, teorías de acuerdo al tema, modelos que en otros países tal vez ya se emplearon y que podría servir en el Perú.

Encuesta.-

Entendemos por encuesta, aquella que acumula todas aquellas indagaciones que se obtuvieron cuando se realizó las preguntas ya antes previstas. Además, se señala que todas estas interrogantes, deben estar en un Informe que será mostrado a un grupo determinado de pobladores, para que se pueda saber los estados de opinión o hechos específicos.

Juicio de Expertos.-

Al llegar a este punto, podemos identificar, que en el llamado juicio de expertos, se establece los veredictos que determinadas personas

especializadas emiten de acuerdo a un determinado tema, a la vez, éstos cuentan con las características y que califican como expertos en una materia en particular. Así mismo, son los mismos quien nos brinda todo lo que esté a su alcance y por su trayectoria nos darán información importante para el trabajo.

Técnicas de Procesamiento de Datos.

Dicha investigación se basará en las técnicas que mencionaremos y detallaremos a continuación:

3.6. Análisis de datos

La Prueba CHI-CUADRADO

Recurrimos a dicha prueba porque, nos brinda una información correcta y a la vez nos proporciona la determinación si hay o no una semejanza entre dos variables altamente importantes para la investigación. Así mismo, debemos indicar que si bien nos brinda lo que acabamos de mencionar, lo que no hace dicha prueba es mostrar el tipo de semejanza; es decir, no revela una proporción de dominio de una variable sobre la otra

Coefficiente de Correlación de Spearman

Nos enfocamos en éste coeficiente por lo que nos brinda una disposición de la semejanza entre dos variables fortuitas perenes. Se estipula que para poder calcular todos los datos obtenidos, es necesario llevar un correcto orden para que este coeficiente pueda sustituirlos por algo similar y que pueda arrojar el mismo resultado.

IV: RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación

Fundamentadas las bases teóricas, y metodológicas, respecto del agravio que pueda sufrir los pobladores de las diversas comunidades indígenas respecto de no tomar en consideración su decisión en alusión a su derecho fundamental de consulta previa, como parte del presente trabajo de investigación, es necesario someter a validación nuestras hipótesis planteadas.

Como lo indicamos en el punto, universo, población y muestra, correspondió realizar 80 encuestas, entre funcionarios del ministerio de cultura, funcionarios del ministerio del ambiente y abogados de la defensoría del pueblo, con competencia en el viceministerio de interculturalidad.

En ese sentido, los siguientes cuadros y gráficos, presentaran los resultados obtenidos, una vez aplicada la encuesta, que estarían confirmando las hipótesis planteadas, tanto la general, como las específicas; conforme a las interpretaciones que pudieron realizarse.

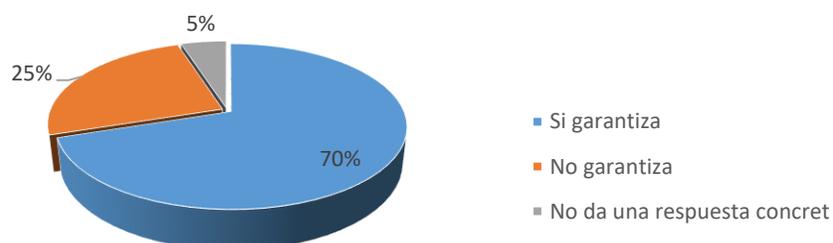
4.2. Análisis de estadísticas

Pregunta 1:

¿El derecho a la consulta previa garantiza una debida participación de los pobladores indígenas en relación a los proyectos de explotación de sus recursos naturales?

	Frecuencia	porcentaje
Si garantiza	56	70%
No garantiza	20	25%
No da una respuesta concreta	4	5%
Total	80	100

Pregunta 1: ¿ Considera usted que el derecho a la consulta previa garantiza una debida participacion de los pobladores indígenas en relacion a los proyectos de explotacion de sus recursos naturales ?



Interpretación:

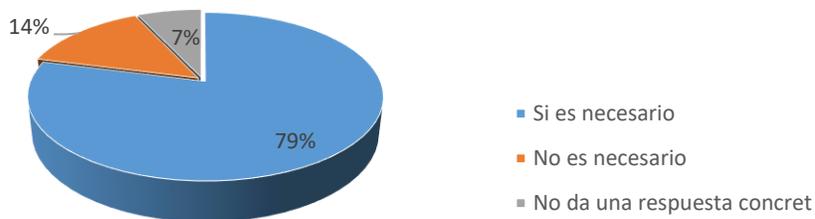
En relación a la garantía de una debida participación de los pobladores a su derecho de consulta previa el 70% afirmó lo preguntado, el 25% indicó lo contrario mientras que el 5% prefirió no dar una respuesta en concreto.

Pregunta 2:

¿Considera usted que el aspecto histórico en el proceso de identificación de los pueblos originarios es necesario?

	Frecuencia	porcentaje
Si es necesario	63	79%
No es necesario	11	14%
No da una respuesta concreto	6	7%
Total	80	100

Pregunta 2:
¿Considera usted que el aspecto histórico en el proceso de identificación de los pueblos originarios es necesario?

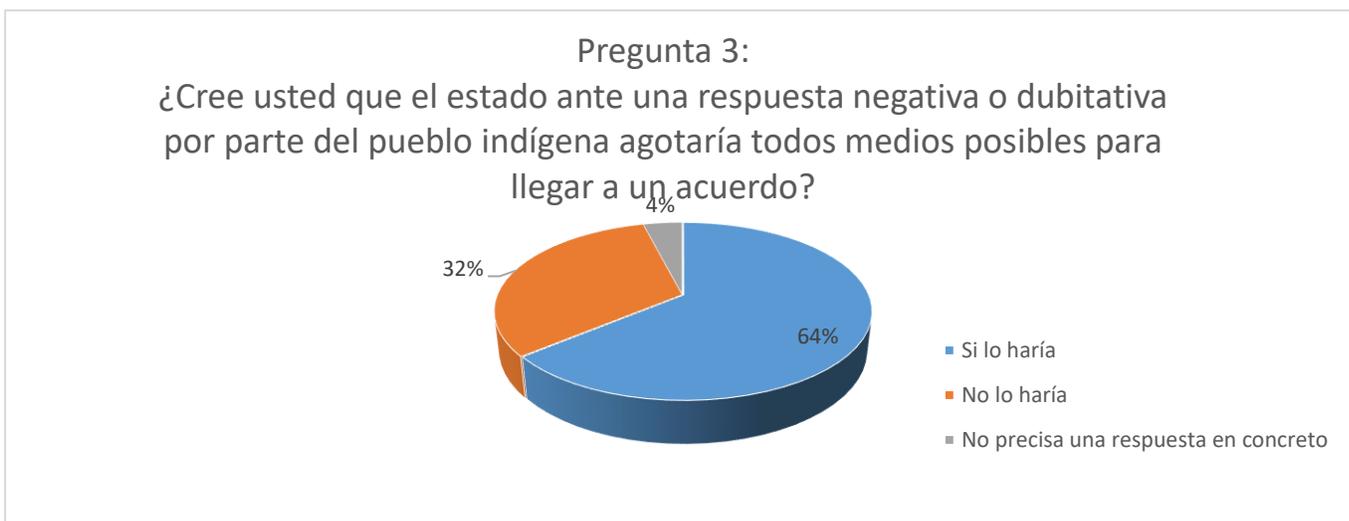
**Interpretación**

Con respecto si es necesario el aspecto histórico para el proceso de identificación de los pueblos originarios el 79% indicó que si es necesario, el 14% refirió lo contrario mientras el 7% no brindó una respuesta concreta

Pregunta 3:

¿Cree usted que el estado ante una respuesta negativa o dubitativa por parte del pueblo indígena agotaría todos medios posibles para llegar a un acuerdo?

	Frecuencia	porcentaje
Si lo haría	51	64%
No lo haría	26	32%
No precisa una respuesta	3	4%
Total	80	100

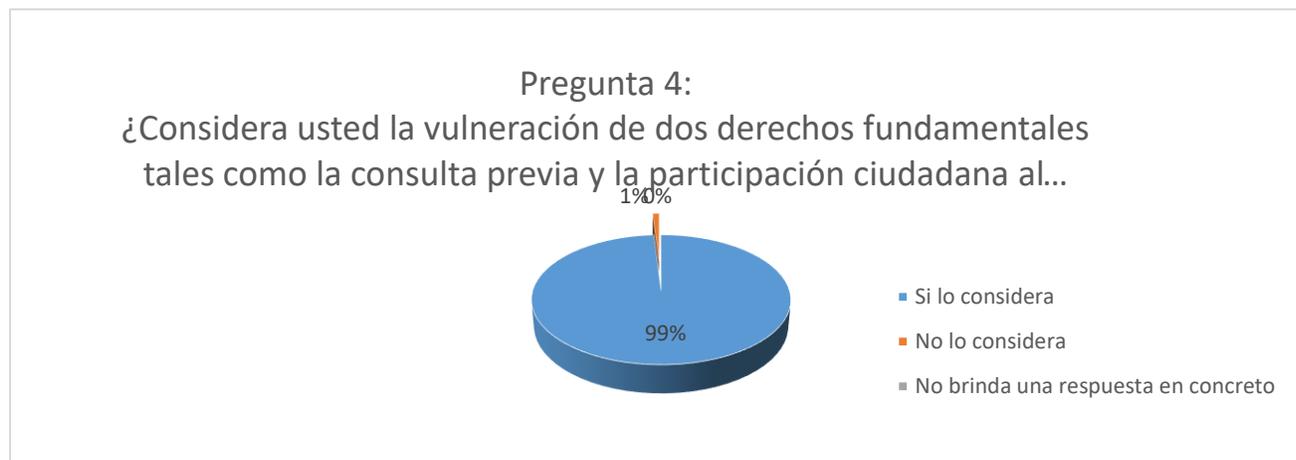
**Interpretación:**

En correlación con la respuesta negativa o dubitativa por parte de los pueblos indígenas u originarios hacia el estado el 64% indicó que si agotaría todos los medios, el 32% refirió lo contrario mientras que el 4 % no precisó una respuesta en concreto.

Pregunta 4:

¿Considera usted la vulneración de dos derechos fundamentales tales como la consulta previa y la participación ciudadana al momento que el estado no considera la opinión de las comunidades indígenas?

	Frecuencia	porcentaje
Si lo considera	79	99%
No lo considera	1	1%
No brinda una respuesta concreta	0	0%
Total	80	100

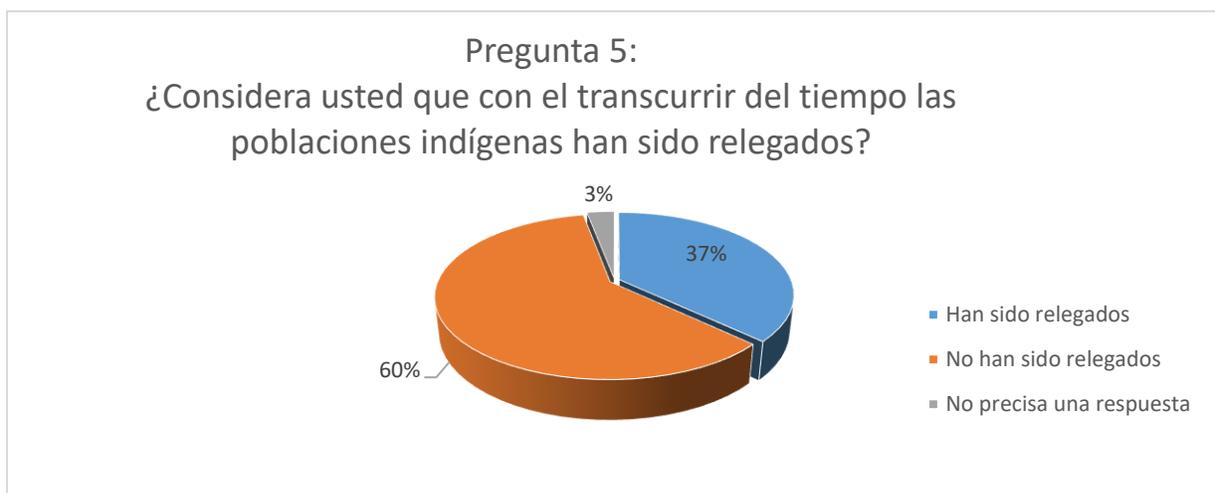
**Interpretación:**

En relación a la vulneración de dos derechos fundamentales tales como la consulta previa y la participación ciudadana en el caso que el estado no considere la opinión de los pueblos originarios el 99% indicó que ocurre una doble vulneración mientras que el 1% refirió lo contrario.

Pregunta 5:

¿Considera usted que con el transcurrir del tiempo las poblaciones indígenas han sido relegados?

	Frecuencia	porcentaje
Han sido relegados	30	37%
No han sido relegados	48	60%
No precisa una respuesta	2	3%
Total	80	100

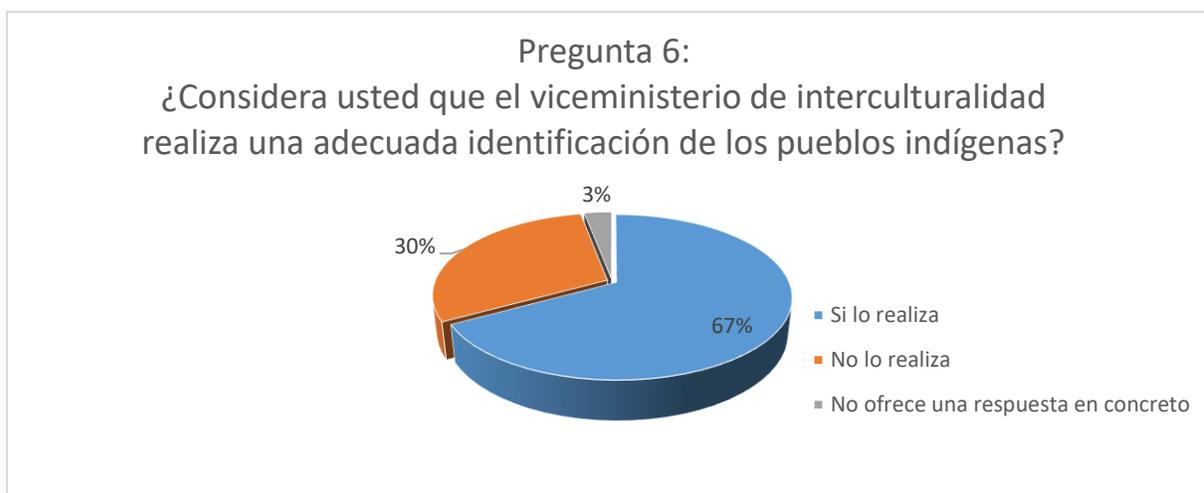
**Interpretación:**

Conforme a la población entrevistada, el 37% señala que los pueblos originarios han sido relegados, el 60% indica lo contrario mientras que el 3% no precisa una respuesta.

Pregunta 6:

¿Considera usted que el viceministerio de interculturalidad realiza una adecuada identificación de los pueblos indígenas?

	Frecuencia	porcentaje
Si lo realiza	54	67%
No lo realiza	24	30%
No ofrece una respuesta concreta	2	3%
Total	80	100

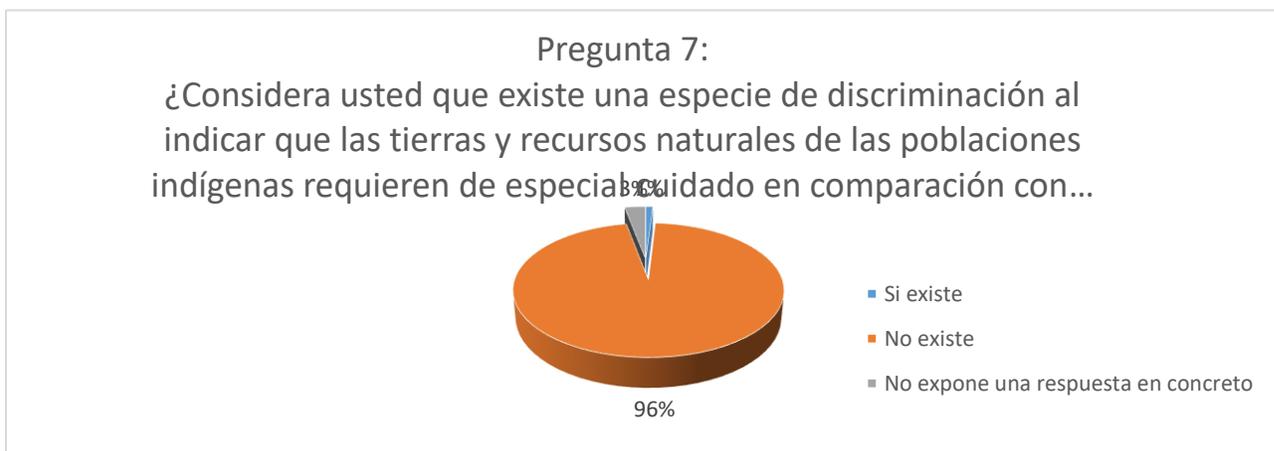
**Interpretación:**

Con respecto a la adecuada identificación de los pueblos indígenas por parte del viceministerio de interculturalidad el 67% precisó que si es realizado de manera adecuada, el 30% mencionó lo contrario mientras que el 3% no ofreció una respuesta en concreto.

Pregunta 7:

¿Considera usted que existe una especie de discriminación al indicar que las tierras y recursos naturales de las poblaciones indígenas requieren de especial cuidado en comparación con otros espacios?

	Frecuencia	porcentaje
Si existe	1	1%
No existe	77	96%
No expone una respuesta concreta	2	3%
Total	80	100

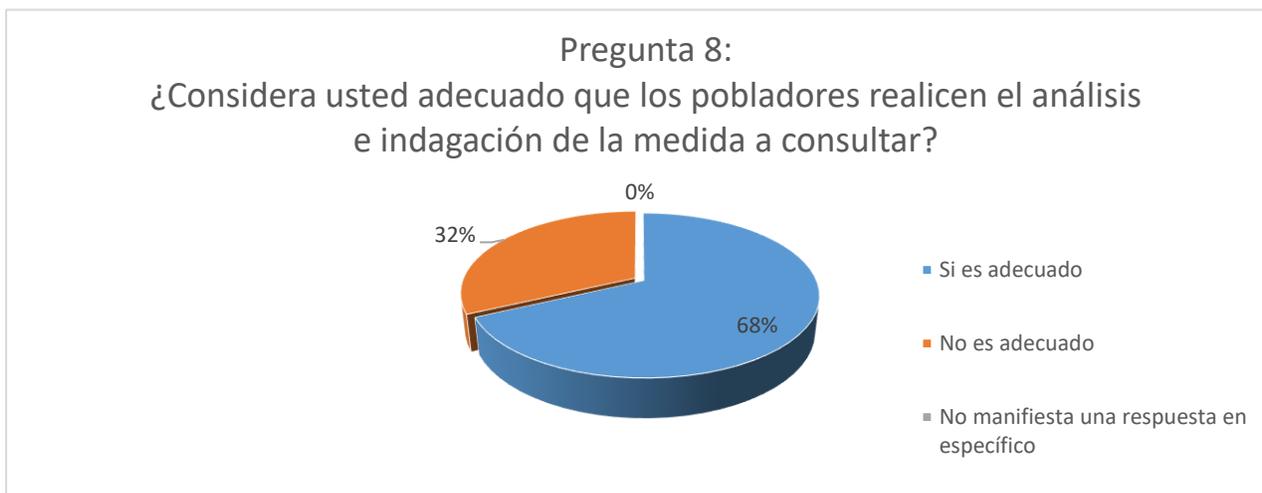
**Interpretación:**

Corresponde indicar que el 1% los entrevistados indicó que si existe cierta discriminación en relación al especial cuidado de los recursos naturales de los pueblos originarios en relación a otros lugares, el 96% respondió lo contrario mientras que el 3% no expuso una respuesta en concreto.

Pregunta 8:

¿Considera usted adecuado que los pobladores realicen el análisis e indagación de la medida a consultar?

	Frecuencia	porcentaje
Si es adecuado	54	68%
No es adecuado	26	32%
No manifiesta una respuesta específica	0	0%
Total	80	100

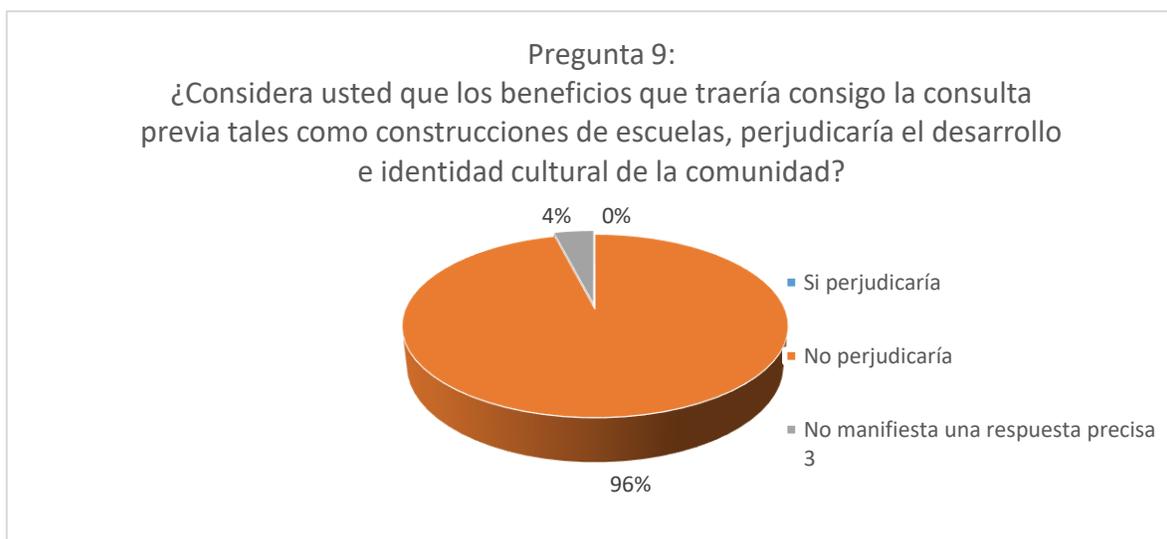
**Interpretación:**

De las entrevistas realizadas se da a conocer que el 68% precisa que si es adecuado que los pobladores realicen el análisis e indagación de la medida a consultar mientras que el 32% manifiesta lo contrario.

Pregunta 9:

¿Considera usted que los beneficios que traería consigo la consulta previa tales como construcciones de escuelas, perjudicaría el desarrollo e identidad cultural de la comunidad?

	Frecuencia	porcentaje
Si perjudicaría	0	0%
No perjudicaría	77	96%
No manifiesta una respuesta precisa	3	4%
Total	80	100

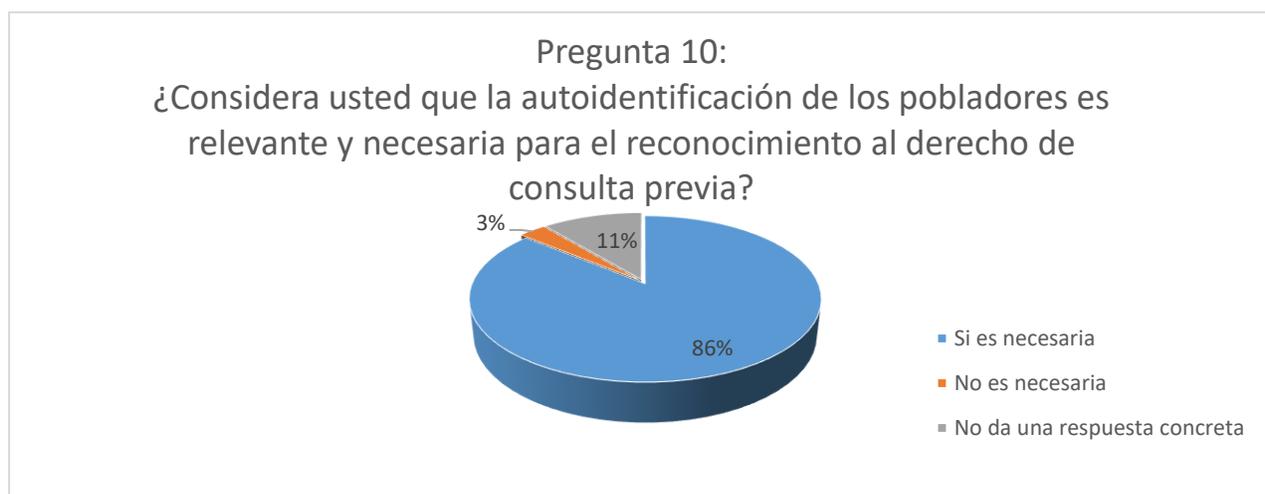
**Interpretación:**

En relación al perjuicio de la identidad cultural de la comunidad indígena, el 96% precisó no habría perjuicio mientras que el 4% no manifestó una respuesta precisa.

Pregunta 10:

¿Considera usted que la autoidentificación de los pobladores es relevante y necesaria para el reconocimiento al derecho de consulta previa?

	Frecuencia	Porcentaje
Si es necesaria	69	86%
No es necesaria	2	3%
No da una respuesta concreta	9	11%
Total	80	100

**Interpretación:**

Acerca de la autoidentificación como requisito relevante para el reconocimiento al derecho de consulta previa el 86% indicó que si es necesaria, el 3% precisó lo contrario entretanto el 11% no brindó una respuesta en concreto.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Luego de la correspondiente verificación de los resultados de las encuestas realizadas, en gran cantidad los funcionarios y abogados han coincidido en gran cantidad que el derecho a la consulta previa garantiza la correcta participación de los pobladores sin embargo existe una porción que refiere lo contrario haciendo alusión a que los pobladores no poseen la suficiente instrucción para dicho desarrollo.

Gran cuantía alude que las consideraciones históricas son necesarias y específicamente deben de ser pueblos y/o comunidades antes o durante la colonización ya estos deben son oriundos del lugar y además que poseen determinado tiempo en el lugar dejando un árbol genealógico.

Por otro lado con el pasar del tiempo las comunidades indígenas u originarias han sido relegadas, esto indica un pequeño sector de los encuestados sin embargo las entidades internacionales tales como la OIT, ONU, entre otras han contemplado el derecho de consulta previa ya que estas comunidades recaudan ciertas costumbres y/o culturas que son parte de la identidad del país.

VI. CONCLUSIONES

1. Se ha podido comprobar el grado de importancia que reside en la Consulta previa, así de cómo es que no asume un grado alto de valoración para la toma de decisiones, para lo debemos de tener en cuenta que el estado es el encargado de proteger y respaldar a toda la población, por lo que es éste quien debe salvaguardar todo lo que nos favorece como nación. Por ende, al querer realizar un proyecto que beneficiará a gran parte de los habitantes de un lugar determinado, es que negocia con las partes involucradas para que no haya un perjuicio para la parte indígena, en este caso. Por lo que es el propio Estado quien está en el deber de agotar todos medios posibles para llegar a un acuerdo que beneficie a todas las partes. Para lo cual debemos de tener en cuenta, que la consulta previa no tiene efecto de decisión vinculante, pues al aceptarse el proyecto, este se realizara, de lo contrario al no aceptarse el proyecto, este igual continuara con su ejecución. En ese sentido, debemos denotar el grado de importancia que reside en la consulta previa.
2. La consulta previa, es un derecho que poseen los pueblos o comunidades indígenas. La misma que ha obtenido una gran aceptación en todo lo que concierne al proceso que debe existir para que haya un acuerdo entre el Estado y estas poblaciones. Sin embargo debemos tener en cuenta la existencia de conflictos respecto a los temas ambientales dentro del margen legal, donde por no llegar a un acuerdo justo para ambas partes, se puede vulnerar los derechos de dichos pobladores. Por lo que el Estado, antes de implementar las medidas legales o administrativas, que pudieran afectar de manera directa o indirecta los derechos a dichas comunidades, se debe de

buscar bajo todas las ratios la aprobación de parte de la comunidad, o al menos de la mayoría.

- 3.** La consulta previa reconoce aquellas justificaciones de lo que se quiere llevar a cabo. Por lo mismo, versará todos aquellos planteamientos que el Estado quiere realizar, así como las consecuencias, tanto positivas como negativas que todo proyecto tiene para con los pueblos indígenas, todo ello determinado a cierto modo en el Estudio de Impacto Ambiental. Por ende, es el Estado quien debe verificar todos aquellos derechos de los pobladores indígenas, para cuando llegue el momento de acordar una decisión, respete desde el comienzo esos derechos; teniendo en cuenta el deber del Estado frente a su población, como garante de los derecho fundamentales; teniendo mayor énfasis en las personas o sectores de mayor vulnerabilidad.

VII. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que las instituciones estatales, denoten mayores esfuerzos por la protección de los pueblos indígenas. Siempre que se dé el caso de que no exista un acuerdo entre los mencionados y el propio Estado, teniendo en cuenta que Estado es quien tiene la decisión final. Es decir que el estado enmarque en sus instituciones un rol social y proteccionista, tal como viene establecido en el pacto social.
2. Se recomienda que las instituciones encargadas, denoten mayores esfuerzos en las comunicaciones y dialogo, es decir sea generador de dialogo entre los pueblos y las inversiones, a fin de evitar los conflictos sociales que solo causan retrocesos a nuestro país, en ese sentido, las instituciones deberán de capacitar a su funciones con métodos alternativos de solución de conflictos, a fin que tengan capacidades de mediadores.
3. Se establece que el Estado al querer realizar un proyecto para el beneficio de una población, es necesario contar siempre con la aprobación o aceptación, en este caso de parte de los pobladores indígenas, es necesario también, llegar a un acuerdo que sea beneficioso para todos, por ende, al llegar a una correcta negociación y en el peor de los casos, existe la necesidad de que estos pobladores deben ser reubicarlos, el Estado debe velar por la tranquilidad de los mismos, por ende, se recomienda respetar su identidad cultural, sus propias costumbres, es decir, el lugar donde serán ubicados, debe cumplir con todo lo mencionado anteriormente.

VIII. REFERENCIAS

- Andrada, F., & Gonza, A. (2010). *El derecho a la consulta*. Washington, DC: Fundación para el Debido Proceso Legal.
- Angles Yanqui, G. H. (21 de Mayo de 2015). *El contenido constitucional del derecho a la consulta previa*. Obtenido de El contenido constitucional del derecho a la consulta previa: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoconstitucionalperu/2015/05/21/el-contenido-constitucional-del-derecho-a-la-consulta-previa/>
- Añón, M. J. (1992). *Fundamentación de los Derechos humanos y necesidades básicas*. Madrid: Ballesteros Editores.
- Ballón Aguirre , F. (2004). *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas-doctrina, principios y normas*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial sistema.
- Castillo Córdova , L. (2003). *Los derechos constitucionales, Elementos para una teoría general* . Lima : Palestra .
- Chirif, A. (1977). *Atlas de comunidades Nativas*. Lima: IBC.
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 169 (Organización Internacional del Trabajo 05 de Septiembre de 1991).
- Corte Constitucional - sentencia T-415 , T-415 (Corte Constitucional 17 de Junio de 1992).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 1/2 del consejo de Derechos Humanos (Consejo de Derechos Humanos 29 de Junio de 2006).
- Del Mar Moro Gonzáles, R. (2007). Pueblos indígenas y Derechos Humanos; ¿Derechos individuales y/o colectivos? *Eikasia*, 18.
- Franciskovic Ingunza, M. (2013). *El Medio Ambiente Y su Tutela Jurisdiccional*. Lima: Grijley.
- Kingsbury, B. (1988). *Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*. American Journal of International Law.
- LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY N° 28611 (Congreso de la República 13 de Octubre de 2015).

- Messner , J. (1966). *La ley natural. Manual de ética social, ética estatal y ética empresarial.* Madrid : Tyrolia.
- Ministerio de Cultura . (2014). *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios Guía metodológica.* Lima: Perú Ministerio de Cultura.
- Ministerio de Cultura. (2016). *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Peces Barba , G. (1999). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general .* Madrid : Boletín oficial del estado .
- Peña Cabrera , A. (2012). *Los delitos contra el medio ambiente.* Lima: Rodhas.
- Pérez Luño , A. (1998). *Los derechos fundamentales .* Madrid : Tecnos .
- Pérez Luño , E. (2001). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución.* Madrid : Tecnos .
- Perez Luño, A. (2009). *Los Nuevos Retos de la Sostenibilidad y la Protección Ambiental: Reflexiones desde las Dos Orillas.* Santander: Arcibel editores.
- Poder legislativo . (7 de Setiembre de 2011). 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).* Lima , Lima , Perú: El Peruano .
- Reátegui Sánchez, J. (2006). *La contaminación ambiental como delito : aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Jurista Editores.
- Robles , G. (1997). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual .* Madrid: Civitas .
- San Martín, D. (2015). *El daño Ambiental.* Lima: Grijley.
- Vercher Noguera, A. (2005). *El uso del Derecho Penal para la protección del medio ambiente en España.* Madrid: Editorial Cordillera.

IX. ANEXOS

ANEXO I: MAT RIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
<p>Problema General ¿Cuál es la importancia y las consecuencias de las consultas previas y su valoración en la toma de decisiones?</p> <p>Problemas Específicos ¿En qué medida la realización de la consulta previa beneficiaría a las poblaciones indígenas y cuáles son los derechos que se encontrarían afectados por las decisiones tomadas?</p> <p>¿Se pondría limitaciones a los recursos naturales de los pueblos indígenas que garantizan la estabilidad de los pueblos indígenas?</p>	<p>Objetivo General Determinar cuál es el propósito fundamental de las consultas previas que busca la participación de la población en el proceso de toma de decisiones que podría afectarles.</p> <p>Objetivos Específicos Determinar si al realizarse la consulta previa esta va garantizar la adecuada participación de la población indígena para poder tomar las decisiones más convenientes.</p> <p>Determinar si las actividades que se pretende realizar traería impactos negativos a la población indígena y pondrían en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas vulnerando sus derechos.</p>	<p>Hipótesis General La consulta previa garantiza a las comunidades indígenas una correcta participación de los pobladores para tomar decisiones sobre los proyectos de explotación de los recursos naturales que se desarrollarán en su territorio.</p> <p>Hipótesis Específicas La realización de la consulta previa traería beneficios colectivos a la comunidad con los acuerdos que se lleguen a establecer ya sea construcciones de escuelas, postas médicas y brindar puestos de trabajos para los pobladores. Los derechos de los pobladores se verían vulnerados si no se llega a un acuerdo y el Estado ejecuta su posición.</p> <p>Los recursos naturales de las comunidades indígenas se encontrarían limitadas dependiendo de los límites que se hayan establecido para el desarrollo del proyecto que se pretenda ejecutar en su territorio.</p>	<p>Variable Independiente La consulta previa</p> <p>Indicadores ley 29785 Ley General de Ambiente</p> <p>Variable Dependiente Derecho de las comunidades indígenas o grupos étnicos a la consulta previa</p> <p>Indicadores Participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones Diálogos que canalicen sus intereses, perspectivas y preocupaciones por las vías formales</p>	<p>Tipo de investigación Básica o Pura</p> <p>Nivel de investigación Descriptivo-Correlac.</p> <p>Diseño: No Experimental</p> <p>Método Hipotético-deductivo (Cuantitativo-Cualitat.)</p> <p>Técnicas de Recolección de Información</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuestionario • Entrevistas <p>Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encuesta <p>Fuentes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bibliografías