

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Sentencia recaída en el expediente 01717-2014-PC/TC
(Pleno. Sentencia 652/2021)

Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título
profesional de Abogado

Autor:

Pedro José Castillo Castañeda

Revisor:

Magno Abraham García Chávarri

Lima, 2021

Número de la Resolución	Expediente 01717-2014-PC/TC
Área	Derecho de Pueblos Indígenas
Demandante	Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS)
Demandado	Ministerio de Energía y Minas
Instancia	Tribunal Constitucional del Perú
Procedimiento	Recurso de agravio constitucional
Otros	Derechos colectivos / derecho a la consulta previa

Resumen:

La consulta previa es un derecho previsto en el Convenio N.º 169 de la OIT y en la legislación nacional. Se aplica cuando el Estado emite una norma susceptible de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, si se verifica la afectación, se activa de inmediato la consulta previa. Por el contrario, su ausencia deja de lado su puesta en marcha. Esta particular circunstancia convierte a la afectación directa en un concepto clave para la implementación de la consulta. Por esta razón, es necesario definirla de la manera más clara posible, ya que de ella depende la concreción de un derecho. Sin embargo, no es una tarea sencilla pues el propio Convenio 169 no ha señalado qué debemos entender por ella y la legislación nacional prefiere una fórmula abierta a diferentes interpretaciones. Por ello, resulta gravitante aproximarnos a este concepto a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues en su condición de intérprete final de la Constitución, a la vez que es el garante de los derechos de las personas, incluidos los de los pueblos indígenas, nos da luces sobre su contenido. Precisamente, el presente informe jurídico revisa críticamente la sentencia del expediente 01717-2014-PC/TC y analiza si su aproximación al concepto de afectación directa garantiza el derecho a la consulta previa.



Índice

I. Introducción	5
II. Justificación de la elección de la sentencia	7
III. Relación de los hechos relevantes	8
A. Emisión de la primera norma materia de controversia	8
B. Demanda de cumplimiento ante el Poder Judicial	8
C. Resoluciones de Primera y Segunda Instancia	8
D. Presentación del Recurso de Agravio Constitucional	8
E. Emisión de la segunda norma materia de controversia	8
F. Reconversión de proceso por el Tribunal Constitucional	9
G. Solicitud de acumulación de pretensiones	9
H. Contestación de la demanda	9
I. Acumulación de pretensiones	9
J. Decisión del Tribunal Constitucional	9
K. Votos singulares	10
IV. Cuestiones preliminares	11
A. Tratados sobre derechos humanos: incorporación al derecho nacional y rango constitucional	11
B. Rango constitucional del Convenio 169 de la OIT	12
C. Carácter vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	12
D. Derechos colectivos de los pueblos indígenas	13
E. Sujeto de los derechos colectivos	14
F. Enfoque intercultural en los procesos de consulta previa	16
G. Principales aspectos procesales	17
V. Problemas jurídicos Identificados	19
A. Problema Jurídico Principal	19
B. Problemas jurídicos específicos	19
VI. Análisis de los problemas jurídicos	20
A. Primer problema jurídico específico: ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa?	20
B. Segundo problema jurídico específico: ¿Qué significa afectación directa en el proceso de consulta previa a favor de los pueblos indígenas?	24
VII. Conclusiones	28
VIII. Bibliografía	30

I. Introducción

El episodio denominado el “Baguazo”, ocurrido el 5 de junio de 2009 en la provincia de Bagua, en la región de Amazonas, fue el punto más alto de un conflicto social ocurrido durante el segundo gobierno de Alan García (2006 – 2011). Este se originó por la emisión de varios decretos legislativos que no fueron materia de consulta previa a pesar de que afectaban directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El resultado dramático de pérdidas humanas, entre ciudadanos indígenas e integrantes de la Policía Nacional del Perú, generó que diferentes instituciones estatales prestaran atención a la demanda principal de las organizaciones indígenas relacionada al reconocimiento del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio o Convenio 169), pero no desarrollado, hasta ese momento, en legislación nacional alguna.

Más adelante, el Congreso de la República aprobó la ley de consulta previa en el 2011 y el Ejecutivo la reglamentó durante el 2012. Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC o Tribunal o Colegiado) desarrolló en algunas sentencias una serie de criterios necesarios para su aplicación.

No obstante, a pesar de estos avances normativos y jurisprudenciales, la implementación del derecho a la consulta previa sigue siendo un reto para el Estado peruano. El Ejecutivo no termina de identificar todas las medidas administrativas a las cuales aplicar el proceso de consulta, mientras que el Congreso de la República desconoce su propia ley y no ha generado proceso alguno desde la entrada en vigencia de la norma.

Las limitantes para el cumplimiento de la consulta pueden ser muchas, pero en el presente informe nos concentramos en la complejidad que revisten algunos conceptos jurídicos para la aplicación de este derecho, es decir, nos referimos específicamente a la afectación directa.

En efecto, la importancia de este concepto es vital para la consulta, pues es un disparador de este derecho y por lo mismo su contenido debe evitar lo mejor posible controversia alguna e interpretaciones disímiles. La claridad y la certeza de su regulación es la mejor garantía para el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este contexto, nos parece sumamente importante detenernos en una de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa. Nos referimos al fallo del expediente 01717-2014-PC/TC del 8 de junio

del 2021, que entre sus fundamentos detalla el contenido de lo que debemos entender por afectación directa y cuándo esta vulnera un derecho colectivo.

Así, presentamos el siguiente informe jurídico que analiza el concepto de afectación directa en la implementación del derecho a la consulta previa a través del siguiente problema jurídico: ¿la emisión de una norma del Poder Ejecutivo que determina los procedimientos administrativos en los que corresponde aplicar el proceso de consulta previa afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas?

La aproximación a la solución del problema jurídico se hará a través de dos premisas específicas. La primera desarrollará el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa. Luego nos apoyaremos en el significado de afectación directa desde lo estipulado en las normas internacionales y nacionales; en la jurisprudencia internacional y nacional; y en la doctrina que desarrolla el tema. Ambas premisas contribuyen al objetivo de dilucidar si la sentencia del Tribunal Constitucional va de la mano con una real garantía del mismo derecho a la consulta previa.

Antes de analizar la sentencia, presentaremos una sección denominada “Cuestiones preliminares” en la que desarrollaremos siete aspectos relevantes para el entendimiento integral del problema jurídico: (i) lo concerniente a los tratados sobre derechos humanos, su incorporación al derecho nacional y rango constitucional, (ii) el rango constitucional del Convenio N.º 169 de la OIT, (iii) el carácter vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (iv) los derechos colectivos de los pueblos indígenas, (v) el sujeto de los derechos colectivos, (vi) el enfoque intercultural en los procesos de consulta previa y (vii) los aspectos procesales más importantes que la sentencia nos presenta.

II. Justificación de la elección de la sentencia

Desde hace décadas, el país vive inmerso en una situación de disputa permanente por el aprovechamiento de los recursos naturales. En la mayoría de casos los pueblos indígenas son parte activa de estos conflictos y su mayor exigencia es el respeto y la garantía de sus derechos colectivos. Lamentablemente, el Estado peruano no ha resuelto de manera pacífica este tipo de situaciones y en muchos episodios se han perdido vidas humanas. La percepción de muchos es que no se han utilizado de manera adecuada una serie de herramientas legales, siendo la consulta previa una de las más desperdiciadas. Por ello, mi interés se centra en la mencionada sentencia, pues me brinda la oportunidad de analizar y profundizar en un elemento clave de la consulta previa: la afectación directa. Este concepto bien definido podría brindar la oportunidad para que mediante un diálogo intercultural las partes lleguen a acuerdos satisfactorios, además del respeto a nuestra diversidad cultural. Así, resulta relevante la sentencia del expediente 01717-2014-PC/TC del Tribunal Constitucional, pues interpreta y desarrolla lo que se debe entender por afectación directa, pero que desde mi punto de vista se aleja de lo establecido en sentencias anteriores. En ese sentido, me parece importante proponer una línea de interpretación que rescate los estándares internacionales y nacionales sobre la afectación directa, con la intención de colaborar con el reconocimiento y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas del país.



III. Relación de los hechos relevantes

A. Emisión de la primera norma materia de controversia

3.1 El 20 de julio de 2012, el Ministerio de Energía y Minas (Minem) emitió la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, que aprobó los casos en los que corresponde efectuar la consulta previa, la ocasión en la que se realiza y la dependencia a cargo, para las actividades de hidrocarburos y de electricidad.

B. Demanda de cumplimiento ante el Poder Judicial.

3.2 El 20 de diciembre de 2012, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) interpone demanda de cumplimiento contra el Minem, con la finalidad de que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM sea sometida a consulta previa, según lo previsto en el Convenio 169, así como en la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (Ley de consulta previa).

C. Resoluciones de Primera y Segunda Instancia

3.3 El 8 de enero de 2013, el Décimo Juzgado Constitucional de Lima (primera instancia) declaró improcedente la demanda, por considerar que no existe un mandato legal que, de manera cierta y clara, y ajena a interpretaciones obligue al Minem a realizar un proceso de consulta sobre la norma en cuestión. El 21 de noviembre de 2013, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (segunda instancia) confirmó la apelada con los mismos fundamentos de la primera instancia.

D. Presentación del Recurso de Agravio Constitucional

3.4 El 24 de marzo de 2014, el IDLADS Perú interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución del 21 de noviembre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

E. Emisión de la segunda norma materia de controversia

3.5 El 4 de mayo de 2015, el Minem emite la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, que modifica Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM del 2012, en lo referente a la dependencia que tiene la tarea de dirigir los procesos de consulta previa. La norma del 2015 le otorga esta facultad a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, dejando de lado a la Dirección General de Hidrocarburos, PERUPETRO S.A y a la Dirección General de Electricidad, de la resolución del 2012.

F. Reconversión de proceso por el Tribunal Constitucional

3.6 El 4 de setiembre de 2018, el TC admitió la demanda de cumplimiento, pero dejando en claro que se debe entender como una demanda de amparo. El Colegiado, consideró que la demanda de cumplimiento era improcedente, por cuanto lo que realmente se pretendía era cuestionar la validez de la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, lo que es ajeno al objeto y finalidad del proceso de cumplimiento. Por lo que la reconvierte a una demanda de amparo, tras advertir la posible vulneración al derecho a la consulta previa.

G. Solicitud de acumulación de pretensiones

3.7 El 5 de junio de 2019, el IDLADS Perú solicita que se acumule a la demanda la siguiente pretensión: la inaplicación de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, pues de manera similar a la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, no fue sometida a la consulta previa según lo previsto en el Convenio 169 y la ley de la consulta previa.

H. Contestación de la demanda

3.8 El 12 de junio de 2019, el Minem responden la demanda afirmando que la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM aprueba únicamente: (a) los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta previa, (b) el momento en la que será realizada y (c) la dependencia a cargo de la misma. Negaron que la norma en cuestión vulnere o afecte directamente derechos de los pueblos indígenas pues no concesiona sus territorios y no autoriza el uso de sus predios para actividades mineras. Adicionalmente, señalaron que la Resolución Ministerial del 2015 al modificar la Resolución Ministerial del 2012 la dejó sin efecto alguno y por lo tanto ya no era necesario pronunciarse por su contenido (sustracción de la materia).

I. Acumulación de pretensiones

3.9 El 2 de marzo de 2021, el TC decidió acumular la solicitud de nulidad de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM a la pretensión principal del demandante por que guarda conexidad con la Resolución Ministerial 350-2012-EM/DM. Ambas normas regulan lo mismo.

J. Decisión del Tribunal Constitucional

3.10 El 8 de junio de 2021, el TC declaró **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la afectación directa del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas.

3.11 Adicionalmente, el Colegiado exhortó al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de los pueblos indígenas en la implementación del procedimiento de consulta previa.

K. Votos singulares

Magistrado José Luis Sardón de Taboada

3.12 El magistrado afirma que el derecho a la consulta forma parte del Convenio 169, pero dado que este instrumento fue ratificado por el Perú antes de la vigencia de la Constitución de 1993, no puede agregar ningún derecho adicional a la Carta, sin antes haberse realizado una reforma constitucional.

3.13 Afirma que la Constitución otorga rango legal a los tratados sobre derechos humanos y no necesariamente rango constitucional.

3.14 Para el magistrado la demanda debió ser declarada improcedente.

Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

3.15 El magistrado afirma que la definición de **afectación directa** de la sentencia materia del informe es más limitada o restrictiva, en comparación a sentencias anteriores en las que el TC se ha manifestado de manera más amplia y genérica.

3.16 Luego, considera que los órganos jurisdiccionales en los casos relacionados a la consulta previa deben incorporar en sus análisis la visión de los pueblos indígenas pues ellos forman parte de grupos culturalmente diferenciados.

3.17 En seguida, señala que la consulta debe mostrar un diálogo intercultural que rescate la pluralidad de culturas que conviven en nuestro país y que permita, al mismo tiempo, incorporar las costumbres de cada pueblo indígena para valorar cual es la mejor metodología aplicable a cada caso en concreto.

3.18 Finalmente, para el magistrado, la norma del Minem que implementa el procedimiento de la consulta **sí afecta directamente a los pueblos indígenas** y por lo tanto vulnera el derecho a la consulta previa, al no haber sido materia de consulta la norma cuestionada, por lo que la demanda debió ser declarada **FUNDADA**.

IV. Cuestiones preliminares

A. Tratados sobre derechos humanos: incorporación al derecho nacional y rango constitucional

- 4.1 Uno de los temas sensibles durante el debate para la aprobación de la Constitución de 1993 estuvo referido a la incorporación y rango normativo de los tratados sobre derecho humanos a nuestro sistema normativo. La situación convulsa que vivía el país en aquellos años, con una serie de cuestionamientos justamente en materia de derechos humanos, produjo una situación de incertidumbre respecto a posibles sanciones internacionales por el incumplimiento de sus estipulados.
- 4.2 Por lo anterior, el constituyente de la época se apartó de la claridad normativa del artículo 105 de la Constitución de 1979 que otorgaba jerarquía constitucional a los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos. No obstante, a través de una lectura sistemática de algunos dispositivos de la vigente Carta se puede inferir lo mismo de la Constitución pasada.
- 4.3 En efecto, el artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 ayudan en esta disyuntiva. Así, según el artículo 55, los instrumentos internacionales suscritos por el Perú y que están en plena vigencia forman parte del orden jurídico nacional, por lo que los tratados sobre derechos humanos a los que el país se adhirió forman parte del andamiaje legal nacional. Luego, la cuarta disposición final y transitoria afirma que los estipulados sobre derechos humanos se interpretan de la mano de otros instrumentos de la materia, con lo cual se configura su más alta jerarquía.
- 4.4 El TC ha sido bastante claro al respecto señalando que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional” (Expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, del 25 de abril de 2006, fundamento 26). Del mismo modo ha señalado que los “tratados de derecho humanos” son “normas con rango constitucional” (Expediente N.º 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento 61).
- 4.5 Por lo mismo, se puede afirmar que los tratados sobre derechos humanos forman parte de la legislación nacional y toda vez que los derechos que lo integran se interpretan con instrumentos de la materia gozan del más alto grado posible: jerarquía constitucional.

B. Rango constitucional del Convenio 169 de la OIT

- 4.6 El rango constitucional del Convenio 169 siempre fue materia de discusión. Recién a partir de la sentencia del TC recaída en el expediente N.º 03343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009 que de manera clara e indubitable se acepta que el Convenio 169 goza de la mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico y por lo mismo los derechos que ahí se establecen ingresan al mismo: “su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional” (expediente 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero del 2009, fundamento 31).
- 4.7 Una consecuencia práctica del ingreso al más alto rango jerárquico nacional del Convenio 169, está relacionada al sujeto de derechos de este instrumento internacional. En efecto, a nuestro ordenamiento también ingresa el concepto de pueblo indígena y con él no solo las características propias de este sujeto de derecho, sino también una configuración de derechos en clave no solo individual si no como grupo. Es decir, ingresa a nuestro ordenamiento los derechos colectivos de manera inobjetable.
- 4.8 El rango constitucional del Convenio implica también la protección y garantía a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con una serie de recursos naturales necesarios para su supervivencia. Es decir, es una relación que implica una conexión especial con el derecho a su vida y modo de entenderla. Por lo mismo el Estado está en obligación de entender y no afectar esta relación especial que tienen estos sujetos colectivos por ejemplo con la tierra, el agua, los bosques y otros recursos naturales.
- 4.9 Evidentemente el ingreso de un cuerpo normativo de estas características implica una serie de retos para el Estado, los decisores de políticas, los funcionarios públicos y los que administran justicia.

C. Carácter vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- 4.10 El sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte IDH) se ha encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las sentencias de la Corte IDH se han convertido en una fuente importante de consulta, pero también en una fuerza jurídica en línea de interpretación de los derechos de estas organizaciones.
- 4.11 En el caso peruano el legislador declaró expresamente su conformidad respecto al ingreso de estos fallos al ordenamiento nacional cuando afirmó que “el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben

interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

- 4.12 El TC es de la misma opinión cuando afirma que “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (Expediente 00007-2007-PI/TC, del 19 de junio 2007, fundamento 36).
- 4.13 En suma, los derechos de los pueblos indígenas tienen una protección que no se limita solamente a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Esta protección incluye los fallos de órganos internacionales que administran justicia y que por su carácter propio irradian esta protección a los órganos internos de los Estados Parte. Por lo mismo “el Estado peruano está en la obligación de respetarlos y garantizar su ejercicio, integrarlos al sistema interno si no lo estuviesen, y ampliar la base institucional para su debido cumplimiento” (Zambrano 2012: 60).

D. Derechos colectivos de los pueblos indígenas

- 4.14 Mas allá de su definición, existe una dificultad en la Constitución de 1993 pues el diseño respecto a los derechos está en función a la persona, en su carácter individual y no como colectivo o grupo. El propio artículo 2 de la Carta señala que el sujeto de derecho es la persona por el hecho de ser tal.
- 4.15 Si bien es rescatable que a las comunidades se les reconozca una serie de derechos desde la Constitución de 1920, no es menos cierto que esta aproximación no es la que irradia el Convenio 169. Por ejemplo, los artículos 88 y 89 de la actual Constitución de 1993 señalan una serie de prerrogativas que estas organizaciones tienen sobre la tierra, pero a razón de una lectura de este recurso natural como factor de producción de una actividad económica como es la agricultura; y no como lo ha establecido la Corte IDH o el Convenio 169 desde un ámbito social, cultural, ambiental y de la vida misma.
- 4.16 Dos normas intentan definirlo, pero con poco éxito. El Reglamento de la Ley de Consulta, decreto supremo N.º 001-2012-MC, ensaya una definición en su artículo 3 más próxima a saber cuáles son estos derechos y en qué normas encontrarlos. Mientras que la Declaración Americana sobre los

Derechos de los Pueblos Indígenas, del 14 de junio de 2016, nos expresa en el artículo VI por qué son importantes e indispensables para ellos.

- 4.17 Por ello preferimos la definición que propone el Ministerio de Cultura en su material de capacitación sobre derecho de los pueblos indígenas en el Perú: “son una categoría de los derechos humanos cuya naturaleza corresponde a su propia cosmovisión indígena en tanto reflejan y promueven la indivisibilidad como comunidad” (2014:26).
- 4.18 En todo caso si es importante conocer cuáles son esos derechos que gozan de la mayor protección legal posible en tanto su condición de derechos humanos. El propio artículo 3 del Reglamento de la Ley de consulta señala: “los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural”.
- 4.19 Lo que debe quedar claro respecto a estos derechos es que no existe pretexto alguno “para no garantizar ni hacer efectivo el contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas” (Ministerio de Cultura 2016: 27).

E. Sujeto de los derechos colectivos

- 4.20 Importa antes precisar qué entiende la comunidad internacional o cómo define a los pueblos indígenas. Así, lo primero que hay que señalar es que no existe una definición exacta de pueblos indígenas, pero sí un “consenso en el sentido de que no es necesario ni deseable contar con definición formal de dicho término” (OIT 2009: 9). Evidentemente, se correría el riesgo de no abarcar la diversidad de estos grupos humanos, considerando que hay millones de indígenas alrededor de todo el planeta, por ello se establecieron criterios o elementos que ayuden a su identificación.
- 4.21 Al respecto, el Convenio 169 no define qué debemos entender por pueblos indígenas, pero si establece dos criterios para identificar a los grupos que se pretenden proteger: (A) criterio objetivo, previsto en el artículo 1.1 (b) que tiene relación con: (i) descendencia de poblaciones que habitaban una región específica antes de un proceso de colonización, (ii) conservación de propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y (B) criterio subjetivo, regulado en el artículo 1.2, que forma parte de una conciencia propia o identidad de pertenecer a un grupo con características propias.

4.22 En el caso peruano, el antropólogo Richard Chase Smith del Instituto del Bien Común (IBC) afirma que las comunidades (campesinas y nativas) son la representación social, histórica y legal de los denominados pueblos indígenas. Compartimos dicha afirmación. Por lo mismo para identificarlos usaremos las cifras oficiales que el Instituto Nacional de Estadística e Informática a propósito de los resultados del III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas del año 2017.

4.23 Esta herramienta estadística registra un total de 6,682 comunidades campesinas y 2,703 comunidades nativas, conforme puede verse en la tabla siguiente:

**Tabla 1
COMUNIDADES**

	Departamentos	Campesinas		Nativas	
		Número	Población	Número	Población
1	Amazonas	59	57 111	362	58 166
2	Ancash	361	192 278	-	-
3	Apurímac	522	178 333	-	-
4	Arequipa	112	33 155	-	-
5	Ayacucho	704	199 327	10	872
6	Cajamarca	112	88 777	17	1217
7	Cusco	969	296 541	100	18 040
8	Huancavelica	672	232 992	-	-
9	Huánuco	318	195 805	22	4307
10	Ica	13	2 716	-	-
11	Junín	456	301 562	285	79 743
12	La Libertad	134	104 430	-	-
13	Lambayeque	29	142 066	-	-
14	Lima	291	130 202	-	-
15	Loreto	164	35 656	1170	147 398
16	Madre de Dios	1	93	37	5276
17	Moquegua	76	10 649	-	-
18	Pasco	107	55 790	183	23 412
19	Piura	142	439 078	-	-
20	Puno	1352	312 173	-	-
21	San Martín	4	842	134	27 300
22	Tacna	46	7 330	-	-
23	Tumbes	-	-	-	-
24	Ucayali	38	3 596	383	52 633
TOTAL		6 682	3 020 502	2703	418 364

Elaboración propia. Fuente: Directorio de Censos Nacionales 2017 – III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas. INEI, Lima. Diciembre 2018.

4.24 De acuerdo con estos censos nacionales, estas colectividades tienen una población de casi 3 millones 500 mil personas organizadas en 9,385 comunidades, siendo concluyente su presencia en el país; están presentes en todos los departamentos, salvo Tumbes que no posee ninguna comunidad formalmente reconocida.

F. Enfoque intercultural en los procesos de consulta previa

4.25 Conocida la dimensión del sujeto intercultural del país, somos de la opinión que se debe atender la problemática de las comunidades desde un enfoque intercultural que permita que se reconozca la diversidad cultural en todos sus aspectos; asegurando de este modo la igualdad de derechos y valoración de sus usos y costumbres. Ello implicar establecer mecanismos de coordinación entre los pueblos indígenas y los entes responsables del reconocimiento y propuesta de normativas relativas a ellos con la finalidad de producir beneficios a favor de estos grupos humanos.

4.26 Este mismo enfoque, debe ser consciente que las comunidades del país, históricamente han enfrentado situaciones de desigualdad y discriminación principalmente por su expresión cultural diferente a la mayoría de la población, por lo mismo se debe erradicar factores de desventaja y vulnerabilidad al momento de emprender la implementación de sus derechos.

4.27 En este sentido, se debe procurar la incorporación de los integrantes de los pueblos indígenas en los procesos estatales de toma de decisiones que les afecten de manera directa, en un marco de un diálogo intercultural, ya que “en la interculturalidad la palabra clave es diálogo” (Tubino 2002: 73).

4.28 La presencia de comunidades en 23 departamentos del país obliga al Estado y a las instituciones que tienen como sujeto de acción a estas colectividades a delinear estrategias de trabajo compartidas (como pueblos indígenas) pero diferenciadas al mismo tiempo, que signifiquen valorar la diversidad de estas instituciones e incorporar acciones concretas que incluyan su promoción y protección de sus derechos considerando sus instituciones, prácticas y derecho propio.

4.29 Por todo lo anterior es necesario que se implemente un proceso de consulta a través de un verdadero diálogo intercultural, que considere la visión y conocimiento propio de las comunidades al momento de emitir una norma sobre la puesta en marcha de procesos de consulta para saber si desde su perspectiva cultural, sentían que se las afectaba directamente.

G. Principales aspectos procesales

4.30 Reconversión procesal

La demanda que se planteó originalmente correspondía a un proceso de cumplimiento. Sobre la procedencia de la demanda el TC emitió una sentencia recaída en el Expediente 0168-2005-PC/TC, del 29 de setiembre de 2005, la misma que sienta jurisprudencia al respecto. Así en su fundamento 12 señaló: “para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que, de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea”

Esta misma sentencia señala que cuando se plantea de manera inadecuada una demanda el TC puede encauzar y reconvertir dicho proceso si es que la causa lo amerita. Así, en vista que estaba en juego la afectación de un derecho como el de la consulta previa, el TC decidió reconvertir el proceso de cumplimiento por uno de amparo, cumpliendo previamente ciertas premisas (Expediente 0168-2005-PC/TC, fundamento 9):

- Que el juez de ambos procesos tenga las mismas competencias funcionales.
- Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante.
- Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto.
- Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional.
- Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo.
- Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse.

Las premisas deben cumplirse de manera conjunta para que el TC pueda reconducir la demanda. En el caso específico, luego de una evaluación, se aceptó reconducir la demanda.

4.31 Acumulación de pretensiones

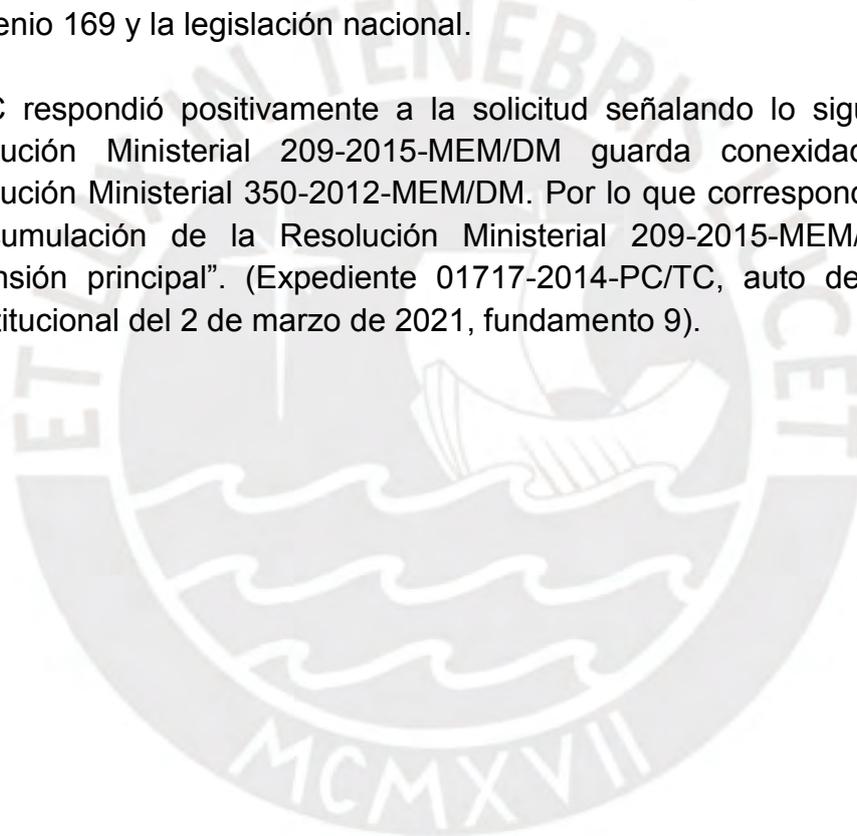
En la resolución de acumulación del TC del 2 de marzo de 2021, se señala que en atención al artículo 83 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional, en un proceso puede haber más de una pretensión, la cual se configura como una acumulación objetiva.

El artículo 84 del mismo cuerpo legal afirma que existe conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas. Luego, el artículo 85 del Código Procesal Civil establece los requisitos para la acumulación de pretensiones en el proceso.

Como revisamos en la parte correspondiente a los hechos relevantes del expediente, se trata de la solicitud de acumulación interpuesta por el demandante para que inaplique la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, pues de manera similar a la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM, no fue sometida a la consulta previa según lo previsto en el Convenio 169 y la legislación nacional.

El TC respondió positivamente a la solicitud señalando lo siguiente: “la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM guarda conexidad con la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM. Por lo que corresponde estimar la acumulación de la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM a la pretensión principal”. (Expediente 01717-2014-PC/TC, auto del Tribunal Constitucional del 2 de marzo de 2021, fundamento 9).



V. Problemas jurídicos identificados

A. Problema jurídico principal

5.1 Luego de la exposición de los hechos, considero que el **problema jurídico principal** consiste en dilucidar si una norma emitida por el Poder Ejecutivo (en este caso el Minem) que aprueba los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta previa a favor de los pueblos indígenas afecta directamente este derecho colectivo previsto en el Convenio 169 y en la Ley de consulta.

¿La emisión de una norma del Poder Ejecutivo que determina los procedimientos administrativos en los que corresponde aplicar el proceso de consulta previa afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas?

B. Problemas jurídicos específicos

5.2 Para responder, el problema principal identificado, resulta necesario absolver los siguientes **subproblemas específicos**:

- i. ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa?
- ii. ¿Qué significa afectación directa en el proceso de consulta previa a favor de los pueblos indígenas?

VI. Análisis de los problemas jurídicos

Problema principal: a la luz de los hechos, ¿La emisión de una norma del Poder Ejecutivo que determina los procedimientos administrativos en los que corresponde aplicar el proceso de consulta previa afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas?

A. Primer problema jurídico específico: ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa?

- 6.1 Las dos herramientas normativas internacionales más significativas referentes a los derechos de los pueblos indígenas son el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (La Declaración). Ambas normas desarrollan los derechos de los pueblos indígenas cuyo eje central está referido al respeto de su identidad, cultura, tradiciones, instituciones propias, y la relación especial que tienen con los recursos naturales.
- 6.2 El derecho a la consulta previa es uno de los más destacados en ambos instrumentos. Este derecho genera un compromiso entre los Estados Parte y los denominados pueblos indígenas para que mediante un diálogo en clave intercultural puedan analizar si las normas que emite un Estado vulneran directamente un derecho colectivo. Este proceso de diálogo tiene realizarse antes de la aprobación de la medida estatal.
- 6.3 De manera concreta, la consulta previa, es la herramienta legal cuyo objetivo es materializar un diálogo institucionalizado entre los Estado Parte y los pueblos indígenas, con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la puesta en marcha de una norma legislativa o administrativa.
- 6.4 El Convenio 169, regula este derecho en los artículos 6, 15.2, 17.2, y 28.1; mientras que La Declaración lo hace en los artículos 17.2, 19, 30.2,32.2 y 32.3. En el ámbito nacional la consulta está regulada en la Ley 29785 del año 2011 y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC durante el año 2012.
- 6.5 Sobre el contenido constitucionalmente protegido el TC se ha encargado de precisarlo en una serie de sentencias:

a) **Titular del derecho a la consulta**

Luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 en el año 1995, pero sobre todo luego de aprobada la Ley de consulta, la discusión sobre quién es indígena en nuestro país se tornó más aguda. La narrativa nacional (decisores de política, funcionarios, medios de prensa, entre otros) acepta la categoría indígena para las personas de variable cultural diferenciada que se ubica en la parte amazónica del país. Mientras que las personas que viven en los Andes y sobre todo los que viven en la costa son las más resistidos al respecto.

La información del Ministerio de Cultura al 2020 en su cartilla sobre pueblos indígenas es concluyente al respecto: De los 55 Pueblos Indígenas identificados; 4 pertenecen a los Andes y 51 a la Amazonía. 2, 159 comunidades nativas integran los 51 pueblos amazónicos, mientras que 3,866 comunidades campesinas integran los Andinos. Para el registro oficial en la costa del país no existen personas indígenas.

Pero el Censo del INEI sobre comunidades, desarrollado líneas arriba, identifica a 6,682 comunidades campesinas y 2703 nativas. Es decir, 3,360 comunidades (entre campesinas y nativas) estaría fuera del manto de protección del Convenio 169, de La Declaración y de la legislación nacional de la materia.

Es decir, las comunidades (el total de ellas) son agentes colectivos titulares de algunos derechos como la propiedad comunal, previsto en los artículos 88 y 89 de la Carta vigente; pero no lo son para el derecho colectivo de la consulta previa. Para lograr ellos deben cumplir una serie de requisitos.

Por lo mismo, no es saludable que en una nación pluricultural (artículo 2, inciso 9 de la Constitución) se presuma de antemano que hay comunidades que no forman parte de un pueblo indígena (Expediente 02196-2014-PA, del 21 de agosto de 2019, fundamento 5), pues en la práctica se convierte en una decisión arbitraria que determina la no aplicación de un derecho fundamental como la consulta.

Esta situación conflictiva ha sido resuelta por el Poder Judicial peruano que en la aplicación del protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos valoren desde el inicio del proceso los patrones culturales de las comunidades y de sus integrantes y por lo mismo se les aplica el Convenio 169. No obstante, si hubiera alguna duda sobre la condición de la persona, pueden hacer uso de un peritaje antropológico que valore los aspectos culturales del caso en concreto.

b) Medidas susceptibles de afectar directamente

El Colegiado desarrolla este ítem en la sentencia del expediente 00022-2009-AI, del 2010. De manera adecuada rescata lo previsto en el artículo 6 del Convenio y con especial énfasis resalta que la consulta procede si y solo si cuando al “aplicar las disposiciones del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente, lo implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas” (expediente 00022-2009-AI, del 9 de junio de 2010, fundamento N° 9).

Si bien no encontramos con una primera aproximación de lo que podemos entender por *afectación directa*, su desarrollo es escueto en comparación con la dificultad que ella atañe. Si es rescatable la mención de la palabra *susceptible*, pero lastimosamente no se le acompaña de explicación alguna.

Por una cuestión metodológica este ítem será desarrollado en el segundo problema específico.

c) Características del derecho de consulta

Al igual que el anterior punto, el TC desarrolla estas características en la sentencia del expediente 00022-2009-AI, del 9 de junio del 2010 en sus fundamentos jurídicos del 26 al 36.

Así, señala el TC que el derecho a la consulta tiene como características propias: (i) la buena fe, (ii) la flexibilidad, (iii) objetivo de alcanzar un acuerdo, (iv) transparencia; y, (v) implementación previa. Nos vamos a detener solo en el principio de la buena fe y de transparencia.

Sin embargo, antes de ello, es preciso resaltar lo que expresa el Tribunal en su fundamento 26, sobre lo esencial que son estas características al punto que, de tomarse en cuenta, la medida (administrativa o legislativa) que se pretende consulta podría ser cuestionada. Las últimas tres líneas del mismo fundamento son categóricas cuando afirman que si faltase alguna de estas características se estaría afectando directamente a la consulta previa y por lo tanto sería una medida “de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional”.

Sobre la buena fe, el TC señala que es el “núcleo esencial” de la consulta y se concreta en tres etapas: (1) determinación de la afectación directa, (2) la consulta en sentido estricto, y (3) la implementación de la medida.

Para el presente informe es necesario que nos detengamos en la primera etapa: la determinación de la afectación directa. En efecto, esta resulta muy importante para la garantía de la consulta. Subyace en esta etapa la siguiente pregunta ¿Quién determina la afectación directa?

La respuesta la encontramos en el fundamento 28 de la misma sentencia: el funcionario que prevea la medida estatal. Añade el Colegiado que si el funcionario (o entidad) considera que puede existir afectación directa deberá comunicarse con los representantes de los pueblos indígenas.

Es decir, la posible afectación directa de una medida se evalúa y se decide sin tomar en cuenta lo que piensan los grupos de personas receptoras del impacto de una norma. La interacción necesaria para reconocer las diferencias culturales en una nación pluricultural como la nuestra se deja de lado en la práctica y prima solamente el conocimiento y criterio de un funcionario público sobre un tema en particular.

En un tema tan sensible como es la implementación de un derecho constitucional y colectivo, una situación como la descrita podría ser arbitraria y por lo mismo, desde mi punto de vista, podría quebrar el principio de la buena fe.

El diseño de la consulta previa, dispone vía el principio de transparencia que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información pertinente sobre la medida que se piensa adoptar. No obstante, no sucede lo mismo sobre aquella medida que es susceptible de afectarlos directamente. Es decir, las organizaciones indígenas no tienen posibilidad de evaluar si una medida los puede afectar, pues ese momento específico está reservado para el Estado a través del funcionario público responsable de la medida. Igual que en el caso anterior, lo saludable sería que exista un momento específico dentro de la consulta para que las organizaciones indígenas expresen su parecer sobre la medida prevista pueden vulnerar algunos de sus derechos colectivos.

- d) **Garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta**
El fundamento 40 de la sentencia del expediente 00022-2009-AI, señala en consonancia con el Convenio 169 que la consulta es un derecho que busca alcanzar acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas sobre la aplicación de medidas estatales relacionadas a sus derechos. Los acuerdos tienen carácter vinculante por lo mismo la no observancia de ellos, deja expedida la posibilidad de exigirlos con los recursos legales pertinentes.

- 6.6 Resulta positivo el desarrollo logrado por el Tribunal respecto del contenido esencial del derecho a la consulta. Sin embargo, consideramos que quedan algunas aristas sueltas por definir. Desde nuestro punto de vista el TC puede zanjar el tema del reconocimiento indígena en este país para efectos de proteger a estas personas con el Convenio y La Declaración, siendo los instrumentos más logrados en términos de respeto y garantía de sus derechos. El reconocimiento de la calidad indígena de una persona o una comunidad no puede estar supeditada a una norma. Es necesario robustecerla con medidas como las que implementa el Poder Judicial cuando la duda se instala sobre la condición de una persona culturalmente diferente.
- 6.7 De igual forma las características o principios de la consulta previa, específicamente la buena fe y la transparencia deben incorporar el momento de la determinación de la afectación directa. Una determinación que debe ser ejecutada con los actores del proceso de consulta: El Estado Parte y los pueblos indígenas. Es necesario conocer y comprender el conocimiento que tienen estas organizaciones respecto de las medidas que ellos consideran que los puedan afectar. Evidentemente no es una tarea sencilla, pero es necesaria si pensamos que recientemente hemos cumplido 200 años de independencia y continuamos en deuda con estas organizaciones.

B. Segundo problema jurídico específico: ¿Qué significa afectación directa en el proceso de consulta previa a favor de los pueblos indígenas?

- 6.8 Sobre la afectación directa, lo primero que tenemos que señalar es que el Convenio 169 y La Declaración no la desarrollan. La señalan de manera clara en los artículos relacionados a la consulta, pero no le otorgan contenido alguno que permita interpretar su verdadero alcance.
- 6.9 Es decir, ambos cuerpos normativos, al no definirlos han dejado la puerta abierta para que el funcionario, legislador o el juez le otorguen un contenido que puede variar permanentemente, dependiendo de la calidad y niveles de los órganos que tienen a su cargo la identificación de la medida materia de la consulta.
- 6.10 En este marco, la figura jurídica de afectación directa es muy importante pues de su contenido y forma de regulación dependen la garantía de la consulta previa.
- 6.11 Ahora bien, es cierto que el Convenio 169 no la define, pero si le agrega un elemento poco valorado tanto en la Ley de Consulta como en la jurisprudencia del TC. Nos referimos al término de *susceptible*. Dice el

Convenio que se aplica la consulta cuando la norma es susceptible de afectarles directamente. ¿qué significa ser susceptible en términos jurídicos?

- 6.12 Según Cabanellas, es la “capacidad de sufrir una modificación o de asimilar un carácter” (1979: tomo VI, 316). Es decir, el Convenio nos da una pauta para entender la *afectación directa* y que bastaría que yo sujeto de derecho tenga la capacidad de que se modifique mi estatus jurídico para que se aplique el derecho a la consulta. No es necesario entonces que se produzca una vulneración al derecho, si no que desde mi condición de sujeto activo basta que exista la posibilidad que se produzca una vulneración para que de inmediato se active la consulta. La legislación nacional no considera esta posibilidad y la jurisprudencia del TC si bien la menciona no la ha desarrollado.
- 6.13 Regresando a la figura de la afectación directa, se puede afirmar que dadas sus características nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, al mismo estilo que “utilidad pública”, “interés público” o “necesidad pública”. Estos conceptos “varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados” (expediente N.º 0090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004, fundamento 10).
- 6.14 Queda claro que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, existe la posibilidad que el Estado le otorgue un contenido, pero siempre dependiendo de cada caso en concreto, pero ello no debe devenir en arbitrariedad o una discrecionalidad libre de cualquier motivación, por lo mismo cuando el TC adopta un contenido sobre afectación directa, como en la sentencia materia del presente informe, tendría que hacerlo sustentando y motivando, sobre la base de fallos anteriores, pero también considerando la calidad especial de los sujetos de variable cultural diferenciada (como lo son pueblos indígenas), intentado comprender lo que el propio convenio 169 quiere garantizar a favor de estas colectividades.
- 6.15 Ahora bien, el TC emplea los vocablos: menoscabar, perjudicar, influir, y provocar, para referirse a la afectación de derechos en una serie de sentencias anteriores. Expresiones más logradas y de mejor comprensión que la sola expresión alterar que usa en la sentencia del presente informe. No obstante, todas estas palabras poseen una carga negativa en su significado: perjuicio. Eventualmente, podría pensarse que la afectación directa siempre debe ser negativa para que se active la consulta previa. Pero esta determinación de afectación negativa o positiva se le estaría dejando solo al Estado.
- 6.16 En línea con la interculturalidad, los pueblos indígenas tendrían que gozar de alguna oportunidad para manifestar su opinión sobre una posible afectación

y eso tendría que ser antes, incluso, de la consulta previa, es decir antes de la emisión y dación de la norma. Las normas materia de controversia fueron emitidas por el Minem sin conocer la opinión de los pueblos indígenas posiblemente afectados. Ello, desde un análisis que incorpore la buena fe, podría generar la vulneración del derecho a la consulta.

- 6.17 De manera similar, La ley y Reglamento de consulta incorporan a la afectación directa desde una visión en la que el Estado tiene todas las prerrogativas para decidir qué norma afecta y qué norma no afecta a los pueblos indígenas. En ese sentido resulta claro que el contenido que se le asigna a la afectación directa en sede nacional, sea desde la legislación o el TC, adolece en el fondo de sensibilidad para aproximarnos a la visión que tienen otras personas de lo que los afecta o perjudica.
- 6.18 Por lo mismo no sorprende que el Minem responda la demanda señalando que la norma en cuestión (Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM) que establece: (i) qué medidas deben ser consultadas (procedimientos administrativos como concesiones, autorizaciones, suscripción de contratos, entre otros), (ii) el momento en cual deben consultarse, y (iii) quién debe hacerlo; no afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y por lo tanto no deben ser consultadas. Evidentemente es una visión de un derecho de carácter monista, en el que se privilegia una sola manera de entender las cosas.
- 6.19 Desde nuestra opinión, para la determinar la afectación directa es necesario que el derecho recurra a otras herramientas que las ciencias sociales utilizan para conocer los aspectos culturales de población con una variable cultural diferente. Es necesario incorporar la visión de estas personas en este tipo de procesos para intentar comprender su cosmovisión y lo que ellos entienden por afectación o vulneración. Los peritajes antropológicos podrían ayudar en esta tarea.
- 6.20 Ahora bien, en este punto nos parece prudente recurrir a La Corte IDH para saber cómo es que ellos resuelven este tipo de casos respecto a la afectación directa de una norma que desarrolla la consulta previa. Así, en el caso *Saramaka vs Surinam* señaló que se debe consultar “el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres” (Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam - interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, fundamento 16).

- 6.21 Desde nuestro de vista este fundamento de la Corte IDH es lo suficientemente claro respecto a las medidas que deben consultarse. Señala que se debe establecer un mecanismo de consulta en los procesos de adopción de medidas que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho a ser efectivamente consultado. Las normas que emitiera el Minem tenían justamente el propósito de desarrollar la consulta previa, por lo tanto, debieron ser consultadas a la luz de esta sentencia de la Corte IDH.
- 6.22 En términos de jurisprudencia comparada recurrimos a la Corte Constitucional de Colombia que en su fundamento 7.3 de la sentencia SU 123-18, del 15 de noviembre de 2018, de manera clara identifica que actos deben obligatoriamente ser consultados por afectar directamente derechos, siendo uno de ellos “cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT” (Sentencia SU 123-18, del 15 de noviembre de 2018, fundamento 7.3)
- 6.23 Así, señala que existe afectación directa cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169. De seguir este razonamiento, queda claro que las normas materia de controversia emitidas por el Minem que “únicamente aprueban procedimientos para aplicar la consulta” afectaron directamente los derechos de estas organizaciones colectivas y por la tanto tendrían que ser materia de consulta previa.
- 6.24 Queda claro que la sentencia materia del presente informe jurídico, 01717-2014-AC, despliega una nueva y diferente aproximación a lo que antes había desarrollado el propio TC respecto a la afectación directa. Estableciendo en esta última sentencia que solo si se altera la estructura política, social, ambiental entre otras condiciones, estaríamos ante una afectación directa de un derecho colectivo.

Si bien impactan sobre las comunidades indígenas, no las afectan directamente, no activan la obligación de la consulta previa. Estas medidas pueden tener efectos sobre las poblaciones indígenas, pero no tienen la potencialidad de alterar la estructura política, social, cultural, ambiental, entre otras condiciones, de la comunidad indígena u originaria. Conviene recordar que, pese a que no activan el procedimiento de la consulta, deben desarrollarse en el marco del respeto y garantía de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general (Expediente N° 01717-2014-AC, del 8 de junio de 2021, fundamento 30).

- 6.25 Así, los cambios entre las sentencias del TC: “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” (sentencia del expediente 00022-2009-AI, fundamento 19) del año 2010, a “alteración de la estructura política, social y ambiental” en el presente año 2021. ¿cómo entender esta nueva aproximación de lo que se conocía como afectación directa. ¿se añade un nuevo criterio o se reemplaza el criterio anterior?

6.26 El TC recurre a una nueva aproximación de lo que se entiende como afectación directa, puede “impactar a las comunidades, pero ni no altera sus estructuras” no se consulta. Evidentemente, este cambio debió ser debidamente motivado, fundamentado con argumentos y razones que justifiquen esta nueva decisión.

6.27 En línea de lo expresado por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, esta nueva aproximación al concepto jurídico indeterminado de “afectación directa” resulta restrictiva en comparación con la anterior definición, que, siendo más general, permitía aproximarse al concepto considerando la especificidad de los diferentes sujetos interculturales que forman parte de los denominados pueblos indígenas. Siendo ello, perjudicial para garantizar sus derechos colectivos reconocidos en los tratados y la legislación nacional de la materia.

6.28 En ese sentido, de manera concluyente nos alejamos y discrepamos de lo resuelto por el Tribunal respecto a la definición que adopta sobre afectación directa dado que con ella se permite vulnerar un derecho colectivo ya que las normas promovidas por el Minem nunca fuera materia de consulta.

VII. Conclusiones

Sobre la base de las consideraciones propuestas, se concluye que:

7.1 Luego del análisis antes expuesto concluyo que la demanda es **FUNDADA**, bajo los argumentos establecidos en el presente informe.

7.2 Sobre el problema jurídico principal, se concluye que, sí existe afectación directa cuando se pretende implementar un procedimiento para realizar la consulta previa. No se toman en cuenta sentencias anteriores sobre la materia, ni fallos de la Corte IDH. En línea con la interculturalidad, los pueblos indígenas tendrían que gozar de alguna oportunidad para manifestar su opinión sobre una posible afectación. Las normas materia de controversia fueron emitidas por el Minem sin conocer la opinión de los pueblos indígenas posiblemente afectados.

7.3 Sobre el contenido de afectación directa, es la puerta de entrada y de inicio de un derecho como el de la consulta. Si no se establece de manera clara, cuál es su contenido, simplemente no se podría implementar dicho derecho, por lo mismo la importancia de definirlo adecuadamente.

7.4 Sobre este tipo de conceptos jurídicos indeterminados, existe la posibilidad que el Estado le otorgue un contenido, pero siempre dependiendo de cada

caso en concreto, pero ello no debe devenir en arbitrariedad o una discrecionalidad libre de cualquier motivación.

- 7.5 Para determinar la afectación directa es necesario recurrir a las ciencias sociales. Es necesario incorporar la visión de estas personas para intentar comprender su cosmovisión y lo que ellos entienden por afectación o vulneración. Los peritajes antropológicos podrían ayudar en esta tarea.
- 7.6 Es necesario que se implemente un proceso de consulta en el marco de un verdadero diálogo intercultural, que tome en cuenta las características propias de cada pueblo indígena o comunidad que lo integra para el diseño de la metodología idónea para cada caso en concreto. Ello en respuesta, a la pluriculturalidad que existe en nuestro país que se manifiesta en las casi 10 mil comunidades que tiene presencia en 23 departamentos de los 24 en los que está organizado territorialmente el país.
- 7.7 La sentencia materia del presente informe jurídico, 01717-2014-AC, despliega una nueva y diferente aproximación a lo que antes había desarrollado el propio TC respecto a la afectación directa. Estableciendo en esta última sentencia que solo si se altera la estructura política, social, ambiental entre otras condiciones, estaríamos ante una afectación directa de un derecho colectivo.
- 7.8 En sentencias anteriores el Tribunal Constitucional ha preferido vocablos como: menoscabar, perjudicar, influir, y provocar, para referirse a la afectación de derechos. Expresiones más logradas y de mejor comprensión que la sola expresión alterar.
- 7.9 El TC recurre a una nueva aproximación de lo que se entiende como afectación directa, pero no motiva debidamente el porqué del cambio, ni fundamenta con argumentos ni razones que justifiquen esta nueva decisión.
- 7.10 La nueva aproximación al concepto jurídico indeterminado de “afectación directa” no garantiza la implementación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados y la legislación nacional de la materia.

VIII. Bibliografía

- BERNALES, Enrique
1996 *La Constitución de 1993 análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad ICS.
- CABANELLAS, Guillermo
1979 *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Duodécima edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2011 *Ley N.º 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, 7 de setiembre.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1979.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
2018 SU 123-18. Sentencia: 15 de noviembre
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2001 Caso de la Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia: de 31 de agosto.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2008 Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia: 12 de agosto.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO
2010 *Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua. Serie Documentos Defensoriales – Documento N° 10*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO
2011 *Informe Defensorial N.º 152. Aportes para una política nacional de educación intercultural bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DÍAZ, Juan
2018 *La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Alcances y límites*. Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Postgrado.

- LANDA, César
2020 *Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios apuntes desde una perspectiva constitucional*. Lima: Ministerio de Cultura.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI)
2018 Directorio de Censos Nacionales 2017 – III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- MINISTERIO DE CULTURA
2012 *Decreto Supremo N.º 001-2012-MC*. Lima: 3 de abril.
- MINISTERIO DE CULTURA
2014 “Derechos de los pueblos indígenas en el Perú - El rol garante del estado en la protección y promoción de los derechos humanos – Materiales de capacitación N° 2.” Lima: Ministerio de Cultura.
- MINISTERIO DE CULTURA
2016 Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Lima: Ministerio de Cultura.
- MINISTERIO DE CULTURA (MINCUL)
2020 *Perú: Cartilla informativa sobre pueblos indígenas u originarios*. Consulta: 5 de enero de 2022.
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Cartilla%20Peru%202020.pdf>
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM)
2012 *Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM*. Lima, 20 de julio.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM)
2015 *Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM*. Lima, 4 de mayo.
- ORGANIZACIÓN NACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS
2007 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Nueva York: ONU.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
2003 *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. París: Organización Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
2009 *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – Una Guía sobre el Convenio número 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio número 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
2009 *Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.*
Lima: Organización Internacional del Trabajo
- PODER JUDICIAL
2013 *Resolución administrativa 333-2013-CE-PJ.* Lima: 27 de diciembre.
- RUIZ, Juan Carlos
2021 *Qué significa “afectación directa” en el proceso de consulta previa? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional No 01717-2014-PC.* Sin publicar.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2004 Expediente N.º 0090-2004-AA/TC. Sentencia: 5 de julio.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2005 Expediente N.º 0168-2005-PC/TC. Sentencia: 29 de setiembre de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2006 Expediente N.º 047-2004-AI/TC. Sentencia: 24 de abril de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2006 Expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Sentencia: 25 de abril de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2007 Expediente N.º 00007-2007-PI/TC. Sentencia: 19 de junio del 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2009 Expediente N.º 03343-2007-PA/TC. Sentencia: 19 de febrero del 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2010 Expediente N.º 00022-2009-AI. Sentencia: del 9 de junio de 2010
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2019 Expediente 02196-2014-PA, del 21 de agosto de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2021 Expediente N.º 01717-2014-PC/TC. Sentencia: 8 de junio del 2021.
- TUBINO, Fidel
2002 “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. En: FULLER, Norma (editora) *Interculturalidad y política – desafíos y posibilidades.* Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 60-75.

- ZAMBRANO, Gustavo
2012 “Aproximación a la noción de derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas elaborado a partir de las sentencias de la Corte Interamericano de Derechos Humanos”. En: PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la Propiedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, pp.53-89.

