

La consolidación del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL

RESUMEN

El presente artículo analiza la evolución del derecho de la consulta previa en el pensamiento del Tribunal Constitucional, y hace notar cuan complicado ha sido poner en vigencia plena este importante derecho derivado del Convenio 169 de la OIT, proceso en el cual no han faltado las claudicaciones tales como la fecha de inicio de su obligatoriedad y la delegación de su responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Entre el 2008-2010 se inició un lento proceso de desarrollo constitucional del derecho a la consulta previa, primero a través de la sentencia que resolvía la acción de amparo emprendida para salvaguardar la integridad ecosistémica del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera de las actividades de hidrocarburos (STC No. 03343-2007-PA/TC), y posteriormente al pronunciarse en casos en que se denunciaba abiertamente la vulneración del derecho a la consulta previa por normas aprobadas inobservando dicho derecho de los pueblos indígenas tales como: Exp. 0017-2009-PI; Exp. 0022-2009-PI: Contra el D.L. 1089, Exp. 0023-2009-PI: Contra el D.L. 1079, Exp. 0024-2009-PI: Contra el D.L. 994, Exp. 0025-2009-PI: Contra la L. 29338, Exp. 0017-2009-PI: Contra el D.L. 1064 y Exp. 0027-2009-PI: Contra el D.L. 1020, encontrándose entre los impulsores de estas

acciones la Defensoría del Pueblo, organizaciones indígenas de la Región de San Martín, y la organización indígena más representativa de la amazonía: AIDSESP. En ese sentido, el propósito de este artículo es analizar las consecuencias de las sentencias sobre consulta previa en los últimos dos años, y su relevancia en la efectivización del mencionado derecho.

II. RESPECTO A LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - OIT

El Tribunal Constitucional -TC señala que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC No. 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio No. 169 mediante Resolución Legislativa No. 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar —normativa e interpretativamente— las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes¹. Ello constituye un hito significativo en el fortalecimiento de los derechos indígenas, pues aunque doctrinariamente no había duda de que el Convenio 169 de la OIT tenía rango constitucional y que era parte de los llamados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el que lo halla determinado de manera categórica el TC acaba de una vez con cualquier incertidumbre sobre el tema a futuro y no solo ello sino que lo convierte en un instrumento jurídico al que se puede apelar como fundamento a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues lo hemos hecho parte de nuestra “Constitución Dogmática”.

III. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa puede afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, éstos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación

1 Fundamento 31 de la STC No. 03343-2007-PA/TC

a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

El derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. Agreguemos que este derecho no otorga a los Pueblos Indígenas el derecho a vetar las decisiones estatales. En palabras de la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas del Congreso: *“dentro de este marco, los pueblos indígenas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las propias opciones de desarrollo de los pueblos indígenas, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos. (...) La consulta podría definirse como el conjunto de actos previos, a una medida estatal, que el gobierno promueve con el objeto de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas o llegar a un acuerdo sobre la aplicación de dicha medida”*². Acierta la Comisión Multipartidaria cuando señala que *“la Consulta Previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente por dos razones: a) Por la diversidad étnica y cultural del Perú y, b) Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la Consulta Previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de diálogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia”*³.

La necesidad de implementar el derecho a la consulta previa ha sido evidenciada por el Relator Especial de Naciones Unidas cuando señaló —sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas— lo siguiente: “El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la

2 Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. Mayo 2009, p.7.

3 Íbidem.

consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas”⁴.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo apostó por la aprobación de una ley marco que regule el proceso de consulta a los pueblos indígenas y que establezca principios rectores, que permitan: a) Suplir los vacíos normativos; b) Servir de parámetros para la emisión de otras disposiciones de carácter específico, relativas a la consulta y c) Resolver las controversias que puedan suscitarse durante la implementación de la Ley de consulta previa, a propósito, al 12 de septiembre del 2010 todavía se encontraba sin promulgarse, y para el debate del pleno del Congreso, aunque nuestro pronóstico es que se aprobará indefectiblemente.

La doctrina reconoce tres tipos de Consulta Previa: a) para medidas legislativas; b) para medidas administrativas, c) para fines de exploración y explotación de recursos naturales. Dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que si se trata de una medida que implique actividad extractiva, está se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo. Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.⁵

La Comisión de Expertos de la OIT ha reiterado que “*una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio*”, particularmente por la falta de establecimiento de un “*diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común*”.⁶ Concordamos con la Defensoría del Pueblo que la entidad encargada de realizar el proceso de consulta

4 Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” 24 de abril de 2009.

5 Informe No. 011-2009-DP/AMASPPI.PPL., p. 20.

6 Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90.

debe ser el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA entidad encargada de velar por el respeto de los derechos indígenas entre ellos, evidentemente, el derecho a la consulta previa. Claro está que dentro de un proceso de Consulta el *consentimiento es considerado como la finalidad de la consulta y podría darse de manera alternativa con el acuerdo*, es decir que, existiría una flexibilidad entorno a los fines de la consulta. Sin embargo, el mismo Convenio 169 de la OIT prevé que para el caso de *traslado* de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, deberá existir previamente el *consentimiento libre e informado* de los pueblos indígenas que serán trasladados.⁷

IV. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Organización de las Naciones Unidas - ONU ha manifestado que está *“convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”*. En el caso del derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas se observa absolutamente consolidado en la declaración: *“Artículo 19.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”*. *“Artículo 32.2.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”*. Lamentablemente, el TC, considera que *“debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas”*. Y agrega que *“el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la*

7 Convenio 169 OIT artículo 16.2. y el Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. Mayo 2009 p.83.

comunidad internacional se impone. Son lo que en el Derecho Internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes” (Fundamentos 7 y 8 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC).

V. INFORME SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y PROPONER SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA (DICIEMBRE 2008)

La Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer Soluciones a la Problemática Indígena, tuvo entre una de sus primeras labores determinar la constitucionalidad de los siguientes decretos legislativos: Decreto Legislativo No. 994: sobre las tierras eriazas con aptitud agrícola; Decreto Legislativo 1064: Régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario; Decreto Legislativo No. 1020: Promoción de los Productos Agrarios y la Consolidación de la Propiedad Rural para el Crédito; Decreto Legislativo 1081: Crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos; Decreto Legislativo 1089: Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales; Decreto Legislativo 1090: Aprueba La Ley Forestal y de Fauna Silvestre; Decreto Legislativo No. 1083: Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos. La conclusión de la mencionada Comisión al respecto fue que todos los decretos legislativos analizados vulneran el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al no interpretar los preceptos constitucionales relativos a comunidades campesinas y nativas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. Textualmente señaló *“todos los decretos legislativos analizados vulneran el Convenio 169 OIT respecto del derecho a la Consulta Previa y Participación, previstos en los artículos 6 y 7”*.⁸

VI. INFORME FINAL DE LA COMISIÓN ESPECIAL PARA INVESTIGAR Y ANALIZAR LOS SUCESOS DE BAGUA DEL PODER EJECUTIVO (DICIEMBRE, 2009) Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El mencionado Informe si bien no reconoce responsabilidad de ningún Poder del Estado, recoge en su primera conclusión lo siguiente: *“apresuramiento y falta de tacto de algunos sectores del Ejecutivo al promulgar los decretos legislativos*

8 Ver Informe sobre los decretos legislativos vinculados a los pueblos indígenas de la Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer Soluciones a la Problemática Indígena, en <http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_956.pdf>.

1064 y 1090 sin tener en cuenta la delicada sensibilidad amazónica". En otras palabras, la omisión del derecho a la consulta previa en la aprobación de estas normas fue uno de los factores desencadenantes del conflicto social de Bagua, en junio de 2009, además de otras razones de índole estructurales vinculados a demandas sociales de los pueblos indígenas. El voto singular del reverendo padre Ricardo Álvarez Lobo añade que la exclusión y discriminación fue el detonante del conflicto socio-ambiental⁹.

VII. OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DEL CONVENIO 169 DE LA OIT (FEBRERO, 2010)

La Comisión de Expertos de la OIT manifestó su profunda preocupación respecto de los incidentes que se produjeron en Bagua en junio de 2009 y considera que estos hechos están relacionados con la adopción de decretos que afectan a los derechos de los pueblos cubiertos por el Convenio sobre sus tierras y recursos naturales, sin su consulta y participación. La Comisión tomó nota que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas así como el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial han expresado preocupaciones parecidas sobre la situación de los pueblos indígenas en el país. Por otra parte, la Comisión instó al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos indígenas —por el mencionado Convenio— a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Asimismo, le solicitó que: i) suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio; ii) proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio. Finalmente, la Comisión de Expertos solicitó al Gobierno Peruano que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios

9 Sobre los sucesos de Bagua La Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua (PCM) En: <<http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2009/Diciembre/bagua/Informe%20Final%20de%20la%20Comision%20Especial%20para%20Investigar%20y%20Analizar%20los%20Sucesos%20de%20Bagua.pdf>>.

reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades.

VIII. LA SUPERACIÓN DEL TRATAMIENTO MERAMENTE DOCTRINAL DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el *Caso de Cordillera Escalera*, el TC había señalado que “la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”. (Fundamento 35 de la STC No. 03343-2007-PA/TC).

Posteriormente en junio del 2010, producto del efecto del Baguazo, y la insistencia de organizaciones indígenas, organizaciones no gubernamentales, y la Defensoría del Pueblo, recién el Congreso aprobó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, la cual fue observada por el Poder Ejecutivo, argumentando que otorgaba derecho de veto a las comunidades, pues el artículo 3 señala que “*la consulta tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento*”, sin embargo, debemos advertir que el artículo 15 de la mencionada norma permite proseguir el proyecto de inversión aún cuando no se logre acuerdo, siempre y cuando, el Estado garantice el respeto de los derechos colectivos.

En este escenario aparece la segunda sentencia del TC (EXP. No. 0022-2009-PI/TC), en el famoso *caso COFOPRI* y su relación con los territorios indígenas, se refiere al Derecho de Consulta Previa de manera extensa pero como una rotunda victoria moral y doctrinal que lamentablemente no sirve de nada en el caso en concreto pues se declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo No. 1089. Ciertamente el TC, no genera doctrina nueva sobre derecho de consulta previa sino que se vale de la existente, para consolidar el concepto en nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos que señala que:

“Con el Convenio No. 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. (...) Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global”. “Otro ejemplo será *el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio No. 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas*”. “El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas”. (Fundamentos 14-17 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC).

“Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (Fundamentos 33 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC). “Puesto que el Convenio No. 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. *Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta*”. (Fundamentos 34 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC).

“El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”. (Fundamentos 37 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC). “Si bien el Convenio No. 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en

virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto de la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena”. (Fundamentos 41 de la STC. Exp. No. 0022-2009-PI/TC)

Caso de Pueblos Indígenas en Aislamiento Napo Tigre- STC Exp. No. 06316-2008-PA/TC

El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Partes en conflicto	AIDSEP	PERUPETRO	Ministerio de Energía Y Minas	Perenco (barret) REPSOL, Burlington
	Organización Indígena Nacional	Estado		Empresas Privadas
Interés	Salvaguardar los derechos a la vida, a la salud, bienestar, integridad cultural, propiedad, posesión, territorio y ambiente sano equilibrado de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la zona del Napo Tigre. Suspendir las actividades de hidrocarburos hasta que no se garantice los derechos fundamentales de estos pueblos.	Promover inversiones para la exploración y explotación de hidrocarburos en territorio nacional, inclusive en territorios de pueblos indígenas en aislamiento voluntario.	Regular y aprobar instrumentos de gestión ambiental de exploración y explotación de hidrocarburos en territorio nacional, inclusive en territorios de pueblos indígenas en aislamiento voluntario.	Respeto irrestricto al contrato de concesión para explorar y explotar hidrocarburos. Explotar hidrocarburos en los Lotes 67 y 39 ubicados en la Amazonía peruana, sobre los cuales tienen derechos otorgados.
Posición	Que el MEM prohíba realizar operaciones de hidrocarburos en territorios de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ubicados en la zona del Napo Tigre, superpuesto por los Lotes 67 y 39. Que PERUPETRO modifique el Contrato de licencia respectivo y; Que las empresas, se abstengan de operar en estas zonas, así evitar hacer contacto con los pueblos indígenas en aislamiento de la zona del Napo Tigre.	Los Recursos Naturales, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; y, Se cuenta con planes de contingencia para hacer frente a encuentros forzados con indígenas en aislamiento voluntario	Los Recursos Naturales, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento; y, No se ha probado la existencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario en la zona del Napo Tigre, los estudios al respecto son insuficientes.	No existen pueblos indígenas en aislamiento voluntario en el ámbito de operaciones de los Lotes 67 y 39. Se dé cumplimiento al contrato de concesión de hidrocarburos. No existe impedimento legal de contactar a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Fuente: Elaboración propia. Septiembre 2009

La tercera sentencia en la que aborda el derecho de consulta previa, que llamaremos el *Caso Napo Tigre*, es una de las resoluciones más polémicas e in-

consecuentes del TC, pues más que factores jurídicos parecen haber jugado los factores políticos, pues independientemente del fallo, en sí, lo que criticamos es la incoherencia de sus fundamentos jurídicos con respecto ha precedentes emitidos el mismo año por el TC, pese a que confirma su concepto de consulta previa de manera magistral: “nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios”. (Fundamento 21 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC) ¹⁰.

El *primer grave error* del TC en esta sentencia, es considerar que a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial puede realizárseles un proceso de consulta previa pues por la extrema vulnerabilidad biológica de estos pueblos, el principio es que no se tome contacto con ellos, y que su territorio sea intangible, hasta que progresiva y voluntariamente ellos puedan integrarse a nuestra sociedad, aunque ello en principio no debe ser alentado por el Estado por los peligros que entraña para su cultura y salud. Si ya es un problema que el TC desconozca de plano la especial naturaleza de un pueblo indígena en aislamiento voluntario, incluso duda de su existencia, o que se olvide de que el Estado peruano tuvo 5 años el expediente de Napo Tigre sin que se le diera trámite, o que insista en un proceso de consulta previa a un pueblo indígena, estos hechos no serían su peor yerro, sino el siguiente:

“Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, *el Estado habría actuado al margen de sus compromisos internacionales, afectando, además, el derecho de participación previsto en el artículo 2.17 de la Constitución*. Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos”. (Fundamento 26 de la STC Exp. No. 06316-2008-PA/TC) Y dice más: “De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos Lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de

10 Handersson –Carhuatocto Sandoval, Henry. “OJOS QUE NO VEN... La Justicia en el caso de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario del Napo Tigre VS. PERENCO” (2009)

actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. *No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.*” (Fundamento 27 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC)

“Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se vienen dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado peruano y garantizados por el artículo 62 de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar” (Fundamento 28 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC). “Es por ello que este Colegiado *considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua*”. (Fundamento 30 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC)

Aquí existe una abierta contradicción del TC, pues si bien reconoce el carácter constitucional del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas privilegia, sobre el mismo, la buena fe de las empresas de hidrocarburos como contratantes y la naturaleza de contratos ley que le da a las adjudicaciones. Sin embargo, no solo omite probar la naturaleza de contratos ley de las concesiones otorgadas sino que, peor aún, omite seguir el camino de la invalidez del acto jurídico adjudicatorio al contravenir el orden público desde su negociación e incluso su celebración, pues la suscripción del contrato sin observar el derecho a la consulta previa como etapa previa traía su inmediata nulidad, y vulnerando el propio Convenio de Viena sobre Tratados que establece que no se debe alegar Derecho interno para incumplir un tratado (parte III, sección primera, numeral 27). Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacionalmente reconocido y que la empresa, es seguro, lo conocía al trabajar en un sector donde su aplicación es frecuente, y por otra

parte, en todo caso, jamás negó en su contestación de demanda que lo desconocía, pues el propio sector de hidrocarburos se lo había hecho conocer en el proceso de participación ciudadana.

Así, el TC menosprecia el derecho a la consulta previa, y hace prevalecer el principio de buena fe contractual y la libertad de empresa, pero no contento con ello, hace algo aún más errado, le dice a la empresa que haga el proceso de consulta previa, cuando ésta es una obligación propia del Estado como el mismo TC había reconocido unos meses antes. Citemos la frase en cuestión: “Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta *debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas* y bajo la supervisión de las entidades competentes” (Fundamento 30 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC). Y entonces en qué quedamos TC ¿Quién realiza la consulta previa el Estado o las empresas? Sin duda, la sentencia es de corte eminentemente político, pues el mensaje es claro: “la seguridad jurídica de los inversionistas prima sobre el derecho a la consulta previa”, quizás debió valerse, para ser más consecuente, del concepto de “interés nacional” de la extracción de hidrocarburos, pero quizás no lo hizo, por lo asociado que está dicho concepto a ordenamientos antidemocráticos.

Ahora bien, el TC pretende que se realice un proceso de consulta previa con las empresas operando, ello sin embargo no se condice con la naturaleza de este derecho, que justamente es previo al emprendimiento empresarial o a la actividad extractiva, pues el objeto es abrir un diálogo intercultural, antes de que se inicie el proyecto, por eso lleva el adjetivo “*previa*” y no como un adorno. Esto es tan incoherente como el querer hacer un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) luego de iniciado el proyecto de inversión, cuando la naturaleza del mismo es prevenir los impactos antes de que ocurran, y prepararse adecuadamente para mitigar y compensar los que de todas maneras se darán.

Y si algo vale la pena rescatar de esta sentencia es la reiteración que se hace sobre: “el reconocimiento a nivel constitucional del derecho de participación de las comunidades indígenas, vinculado al derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la OIT” aunque para el caso en concreto solo sea un buen deseo y no tenga mayores consecuencias como la que “resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida”. (Fundamento 30 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC). Por eso el TC, defrauda, porque si reconocía,

como lo ha hecho, el derecho de consulta previa, lo lógico era la nulidad de los contratos o suspensión de las actividades, hasta que el Estado realice el proceso de consulta correspondiente, y no que sea la propia empresa quien haga la consulta sin detener su actividad, escenario en el cual, el mismo se transforma más en un proceso informativo o declarativo, que en un proceso de diálogo intercultural verdadero, pues el interés de uno (empresario) ya está plenamente satisfecho, y el del otro irremediablemente menoscabado (comunidad) al tener que acostumbrarse a los hechos consumados.

Existen frases memorables que se pueden rescatar de esta sentencia tales como: “el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades de hidrocarburos no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento *sine qua non* para preservar el derecho de las comunidades; solo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales”. (Fundamento 16 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC) Así como que el TC: “considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica”. (Fundamento 18 de la STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC)

La línea de doctrina jurisprudencial del TC, sobre consulta previa, sumada a las exhortaciones de Organismos Internacionales como la ONU y la OIT sobre la misma, fueron el contexto en el que se expide la cuarta sentencia sobre consulta previa (STC. Exp. No. 05427-2009-PC/TC) que declaró FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta por AIDSESP, por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su *deber de reglamentar* el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio No. 169 de la OIT. En ese sentido, se ordena al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos

en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio No. 169 de la OIT.¹¹ Y no solo ello, sino que el TC, exhorta, al Congreso de la República a que, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Ello abre la puerta para que se exija vía acción de cumplimiento o acción de amparo según el caso, en otros sectores como Agricultura, Transporte y Comunicaciones, Salud, Defensa, Mujer, etc., el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, aunque lo razonable es que la Ley de Consulta Previa que está por aprobar el Congreso, disponga que todas las entidades lo hagan dentro de un plazo razonable.

IX. EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TC EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURIFERAS Y MINERAS

El principal impacto de estas cuatro sentencias del TC, en nuestro concepto, es la consolidación del derecho de los pueblos indígenas, fundamentalmente a la consulta previa, y la implementación de un efectivo y temprano proceso, no solo de la participación ciudadana con las poblaciones locales, sino lo propio respecto a la consulta previa de poblaciones indígenas lo que traerá una progresiva disminución de conflictos socio-ambientales. Y en ello existe un consenso creciente pues mientras se aplique en forma más temprana ambos mecanismos, se establecerán mejores relaciones de confianza y buena fe que permitan desarrollar acuerdos legítimos y duraderos para el desarrollo sostenible de la actividad extractiva. Empero, la falta de procesos formales de facilitación, negociación y resolución de conflictos¹², usando mecanismos independientes a nivel de gobierno y de la empresa, es un problema que se debe resolver para llegar al escenario deseado e impedir que se repitan las experiencias nefastas como los acuerdos de “tómalo o déjalo” que se produjeron en el ámbito de las comunidades del Proyecto Camisea,¹³ y rescatar las lecciones aprendidas sobre la Defensoría para el Proyecto

11 Merece un reconocimiento especial el doctor Bady Casafranca Valencia, autor de la acción de cumplimiento en mención y jefe del equipo legal de AIDSESEP en el 2007-2008.

12 Cfr, COLCHESTER, Marcus y Fergus MACKAY, *Forjando un espacio de negociación, pueblos indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado*, Oaxaca, Forest People Programme, 2004.

13 Cfr, Informe Defensorial No. 103, *El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas*, Lima, Perú, 2006; MORALES CÓRDOVA, Miriam, “Presupuestos para una adecuada resolución de conflictos minero ambientales”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Industria Extractiva: Minería*, No. 59, Asesorandina S.A. Lima, Perú, 2005.

Camisea,¹⁴ y alejarnos lo más posible de experiencias tristes y lamentables como las diminutas indemnizaciones otorgadas a los pobladores de Choropampa por Yanacocha por el derrame de mercurio del 2001, que dieron lugar al tan criticado Primer Pleno Casatorio Civil del Perú.

SENTENCIAS DEL TC SOBRE CONSULTA PREVIA 2008-2010				
	STC No. 03343-2007-PA/TC	STC No. 0022-2009-PI/TC	STC. Exp. No. 06316-2008-PA/TC	STC. Exp. No. 05427-2009-PC/TC
¿Quién realiza la Consulta Previa?	No lo menciona de manera expresa	El Estado	Las empresas con contratos vigentes y MINEM	El Estado
¿Quiénes son los titulares de este derecho?	Los pueblos indígenas	Los Pueblos Indígenas	Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario	Los Pueblos Indígenas
¿Cuándo se realiza la consulta previa?	Antes de iniciar la actividad extractiva	Antes de iniciar la actividad extractiva	Se puede realizar sin paralizar la actividad extractiva y con posterioridad a su inicio	Antes de iniciar la actividad extractiva
Conflictos de intereses	Entre empresas de hidrocarburos, organizaciones de conservación y pueblos indígenas	Entre COFOPRI y pueblos indígenas	Entre empresas de hidrocarburos, y AIDSESEP en defensa de pueblos indígenas en contacto inicial y aislamiento voluntario	Entre el Ministerio de Energía y Minas, y AIDSESEP

Fuente: *Elaboración propia. Septiembre 2010*

La distribución y manejo de beneficios (regalías, canon y contribuciones sociales) es otro de los puntos más sensibles, pues las comunidades indígenas afectadas no ven reflejadas muchas veces en sus vidas los beneficios de las actividades extractivas. Las causas de ello pasan por la ausencia de transparencia en la rendición de cuentas del gobierno y las propias empresas, fallas en las instituciones públicas encargadas de ejecutar los recursos económicos derivados de la actividad extractiva, el divorcio entre el destino de los recursos y las necesidades de la población afectada y, sobre todo, la falta de participación de la población local y consulta previa en la decisión final del destino de estos recursos. Todo ello eleva la percepción de las personas sobre la idea de que los verdaderos beneficiarios están lejos de la zona de explotación de hidrocarburos y minerales.

14 PUCP, *Lecciones aprendidas sobre la Defensoría para el Proyecto Camisea. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, Lima, Perú, 2010.*

La superación de estas deficiencias también implica la construcción de un sistema de consulta previa y certificación ambiental independiente, consultoras encargadas de elaborar los estudios ambientales independientes (no remuneradas por la empresa interesada), monitoreo independiente (mejor aún, conformada por miembros de las comunidades afectadas y financiada por un fondo fiduciario) y una supervisión efectiva de la actividad extractiva. También se debe validar entre los actores una metodología de desarrollo de la consulta previa, la valoración económica ambiental¹⁵ de los impactos socio-ambientales generados a la población afectada, seguros ambientales¹⁶ y, desde luego, estándares de desempeño ambiental de las empresas de hidrocarburos y mineras en territorios indígenas y ecosistemas frágiles.

X. UN OBSTÁCULO MÁS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: LA ACLARATORIA DEL TC No. 6316-2008-PA

El TC en noviembre del 2010, emitió una Resolución Aclaratoria referida a la STC No 6316-2008-PA, el ya famoso *Caso Napo Tigre*, en donde da la posibilidad de que el Estado no realice directamente la Consulta Previa sino que la tercerice, y ésta la realice la empresa (titular del proyecto e interesada), quedando el Estado en la obligación de supervisar dicho proceso, siempre y cuando, los impactos del proyecto de inversión, objeto de consulta no sean altos. Ello contraviene una obligación intrínseca del Estado, derivada del Convenio 169 de la OIT, donde dice claramente que los gobiernos —y no los particulares— son quienes deben de implementar el proceso de consulta previa.

Sin embargo, el peor error del TC, sería el referido a la vigencia del Convenio 169 de la OIT, pues si bien reconoce en esta aclaratoria que el mismo fue ratificado en 1994, señala que su “vigencia social ha sido sumamente limitada”. En realidad ha sido negada sistemáticamente por el Estado, ya que la población indígena ya se había apoderado de los derechos derivados del Convenio 169 de la OIT desde su ratificación como lo revela las investigaciones de la Defensoría del Pueblo de aquellos años y ONGs vinculadas al mundo amazónico. Pero el TC, insiste y agrega: “en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo apropiado, lo que, como se ha anotado, generó inseguridad jurídica en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle y que pacifique la

15 Cfr. GALARZA CONTRERAS, Elsa, *La economía de los recursos naturales*, Lima, Perú, Universidad del Pacífico, 2004.

16 Cfr. ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, *El Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Navarra, Thonson Aranzadi, 2005.

actual coyuntura. Así, si bien el Convenio 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, éste no ha sido materia de regulación por parte del Congreso y del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente llevar a cabo el proceso de consulta” (f. 7, Aclaratoria de STC No 6316-2008-PA)”. En realidad, el TC con esta interpretación, intenta invertir la realidad, poniendo en una situación desfavorable a un sector bien protegido, y se niega a decir que los grandes perdedores por la no regularización de esta situación, serían los pueblos indígenas, ya que no se les reivindicaría un derecho que constitucional y convencionalmente tenían desde el año 1995, y se privilegia por “seguridad jurídica” abiertamente al sector empresarial sin ninguna justificación legal.

Como señalamos líneas arriba, un acto con un vicio sustancial de esa magnitud, debió merecer su nulidad, o una salida intermedia como la regularización de dichos actos, pero no la impunidad civil, es mucho premio para actos jurídicos que transgredieron la Constitución y la convencionalidad vigente, y mucho castigo para aquellos que después de tanto reclamar sus derechos reciben tan poco. Ello lo decimos al leer lo más nefasto de la aclaratoria: “Por consiguiente, el hito marcado por el TC (STC 022-2009-PI) debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del TC *es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web.* (f. 8, Aclaratoria de STC No 6316-2008-PA)”. Termina resolviendo así, estableciendo: “la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 022-2009-PI/TC” esto es desde agosto del 2010. En este contexto, que el TC haya declarado infundada la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1079, STC No. 0023-2009-PI/TC, queda como anécdota.

Esta aclaratoria deja en el limbo el derecho de consulta previa omitido en las concesiones y otras medidas administrativas así como legislativas entre los años 1995 a julio 2010, haciendo tabla rasa de los más elementales principios del Derecho Internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar Derecho interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. El TC, en pos de la seguridad jurídica sacrifica el derecho a la consulta previa, siempre reclamado por los pueblos indígenas, y desconocido por entes estatales, especialmente

por el Ministerio de Agricultura, y el Ministerio de Energía y Minas. Poco consuelo, frente a todo ello, es que se esté discutiendo el proyecto de Reglamento de Consulta Previa del Ministerio de Energía y Minas, la propuesta de Ley Forestal y Fauna Silvestre, y que la Ley Marco de Consulta Previa pendiente de ratificación en el Congreso, esté siendo exigida por la sociedad civil y la población indígena como una condición *sine qua nom* para la aprobación de las normas antes citadas.

Finalmente, pensamos que falta mucho camino por andar en la implementación del derecho a la consulta, pero tenemos la certeza de que los pasos más importantes se han dado entre el 2009-2010, y esperamos que la implementación de este derecho en todos los sectores sea una cuestión solamente de tiempo.

XI. CONCLUSIONES

La consolidación del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del TC, ha sido un proceso que se inició en el 2007, en las Regiones de San Martín y Loreto, así como en Lima, con una serie de demandas constitucionales impulsadas por el Gobierno Regional de San Martín, la Defensoría del Pueblo y AIDASEP, vinculadas a este derecho constitucional colectivo, que solo luego de tres años se han podido contemplar sus resultados, siendo el principal, la de lograr un diálogo intercultural con nuestras comunidades indígenas, y un proceso de otorgamiento de concesiones más transparente y democrático. A partir de ahora, tenemos que recordar que nuestro país, si aspira a un desarrollo de las actividades de hidrocarburos y minería de manera sostenible y responsable, debe garantizar la implementación del derecho a la consulta previa de nuestros pueblos indígenas, y para ello debemos constituir entidades de supervisión fuertes tanto en materia ambiental (OEFA) como indígena (INDEPA) que garanticen este derecho.

También resulta necesario que las empresas mineras e hidrocarburíferas apoyen la consolidación de las organizaciones indígenas en los ámbitos en que operan y que contribuyan al establecimiento de mejores condiciones de vida de las mismas, asignando una parte de utilidades de sus empresas a las comunidades afectadas y procurando a la vez respetar la especial condición de los territorios indígenas, pues en palabras del TC: “es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo