



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

AMICUS CURIAE SOBRE PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 31973 (Ley que modificó la Ley Forestal y de Fauna Silvestre)

AMICUS CURIAE

**Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre
e Informada en Materia Legislativa**

**Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Fundación para el Debido Proceso**

Lima y Washington, DC

15 de agosto de 2024

Información de las Instituciones firmantes del Amicus

Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú

La Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organización domiciliada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima es un proyecto de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú que busca formar a las/los estudiantes de manera integral al involucrarse en acciones de responsabilidad social y de interés público. Particularmente, la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas promueve que los/las estudiantes conozcan, participen y se comprometan en los problemas de las comunidades y pueblos indígenas en el Perú buscando respuestas jurídicas con un enfoque interdisciplinario, incidiendo en un caso real, vía la elaboración de informes jurídicos Amicus Curiae.

Información de contacto:

Javier La Rosa Calle

Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC

Correo electrónico: jarosa@pucp.pe

Gustavo Zambrano Chávez

Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC

Correo electrónico: Zambrano.ga@pucp.pe

Fundación para el Debido Proceso / Due Process of Law Foundation (DPLF)

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales.

Página Web: www.dplf.org

Información de contacto:

Daniel Cerqueira

Director de Programa

Correo electrónico: dcerqueira@dplf.org

CRÉDITOS

El presente *amicus curiae* fue elaborado por la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y por la Fundación para el debido Proceso.

Por la Fundación de Debido Proceso Legal, Daniel Cerqueira participaron en la redacción y desarrollo del amicus Daniel Cerqueira, Director de Programa, y Ana Elisa Samayoa, Oficial de Programa.

Por la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, participaron en la redacción del escrito Naomi Chuis Grandes, Ana Fernanda Juro Matamoros, Arianna Andrea Flores Ibañez, Celeste Loyaga Cerna, Edwin Mantari Ventura, Alexander Feria Lucas y Flor Espinoza Castro, **estudiantes en el semestre 2024-1 del curso de Clínica Jurídica, a cargo de los profesores Javier La Rosa Calle y Gustavo Zambrano Chávez.**

ÍNDICE

1. Presentación
2. Sobre el instituto del *amicus curiae*
3. Antecedentes de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763)
 - 3.1. Finalidad y objeto de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre
 - 3.2. Finalidad de la Ley 31973 y las modificaciones que introduce a la Ley 29763
4. Análisis del caso: ¿Cuáles son los problemas que la Ley 31973 genera en los pueblos indígenas?
 - 4.1. ¿Por qué los pueblos indígenas ven vulnerados sus derechos como consecuencia de estas modificaciones?
 - 4.2. El caso especial de los PIACI
5. Vulneraciones generadas por la modificación
 - 5.1. Vulneración a Derechos colectivos de pueblos indígenas por la ley 31973
 - a. Vulneración de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas
 - b. Vulneración del derecho al Territorio
 - c. Violación del Derecho a la Consulta Previa en materia legislativa
 - 5.2 Consecuencias de no haber realizado la consulta previa
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Presentación

El presente escrito aborda la inconstitucionalidad de la Ley N° 31973, que modifica la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. En ese sentido, primero se describirán los antecedentes de la ley en mención, las modificaciones realizadas y las principales diferencias con la norma antecesora, la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Ello con la finalidad de abordar los problemas que la Ley N° 31973 generará en los pueblos indígenas y de qué manera se vulnerarán los derechos como consecuencia de las modificaciones, en especial, en el caso de los Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento o en situación de Contacto Inicial (PIACI). Posteriormente, se presentarán las vulneraciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas: el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el derecho al territorio y el derecho a la consulta previa, debido a la promulgación de la ley.

2. Sobre el instituto del *amicus curiae*

Este escrito se enmarca en la tradición jurídica conocida como *amicus curiae*, la cual remonta al Derecho Romano y cuyo significado literal (“amigo de la Corte”) denota el propósito para el cual fue concebido: proporcionar contribuciones sobre los hechos o *de iure* a un tribunal, para una mejor solución de una controversia¹. Se trata de la intervención de un tercero ajeno a la causa, con la finalidad de debatir cuestiones de interés público y presentar argumentos relevantes a los y las integrantes del tribunal.

Desde sus orígenes, el instituto del *amicus curiae* se ha consolidado como una herramienta ciudadana de maximización de principios y valores compartidos por una comunidad jurídica. Con la expansión de los Estados Democráticos de Derecho y su inmersión en el proceso de universalización de los derechos humanos, el mencionado instituto pasó a trascender el ámbito doméstico de construcción jurisprudencial del Derecho, convirtiéndose en una herramienta de diálogo transnacional entre operadores jurídicos, sobre todo en aquellos casos con el potencial de influenciar la manera como los órganos de adjudicación de otros países o en sede internacional podrían solucionar controversias similares.

Actualmente, el instituto del *amicus curiae* se encuentra incorporado en la práctica jurisdiccional de la mayor parte de las altas cortes del continente². Asimismo, se ha reflejado

¹ Scourfield McLauchlan, Judithanne, Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing (2005), p. 266.

² En los Estados Unidos, la regla 37 de procedimientos ante la Suprema Corte precisa que el *amicus curiae* es la intervención de un tercero sin interés en el resultado del proceso que participa con el fin de “llamar la atención hacia algo relevante, no advertido por las partes y, por ende, que pueda ser útil para la decisión del tribunal”. En el caso del Tribunal Constitucional del Perú su reglamento (Resolución Administrativa N° 095-2004) indica: “El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera

en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, entre otros tribunales y cortes internacionales, que consagran expresamente en sus reglamentos, estatutos, o a través de una práctica consolidada la intervención del *amicus curiae*⁴.

En ese marco, debe resaltarse el reconocimiento de la figura del Amicus Curiae, en la normativa peruana en el artículo V del Nuevo Código Procesal Constitucional peruano⁵. Esta figura se basa en la opinión e intervención de un tercero o una persona ajena a un proceso sobre un tema que es de trascendencia pública a fin de esclarecer puntos importantes y controvertidos. En esa misma línea, un informe de la Defensoría del Pueblo menciona que el fundamento constitucional del Amicus Curiae se encuentra sujeto a tres principios fundamentales tales como la participación ciudadana, la garantía del debido proceso y la plena vigencia de los derechos humanos⁶. Por ello, lo que se pretende con el Amicus Curiae es la participación en la toma de decisiones de los casos judiciales relevantes con el objetivo de contribuir a que las decisiones sean justas y razonables para una adecuada protección de los derechos de las personas.

Dada la experiencia académica de la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la producción bibliográfica de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés) sobre las cuestiones jurídicas ventiladas en la controversia *sub judice*, y teniendo en cuenta la trascendencia jurídica y social de la decisión que será adoptada por el Honorable Tribunal Constitucional, confiamos en que este memorial de *amicus curiae* será admitido y que sus Magistrados y Magistradas tomarán en cuenta los argumentos expuestos a continuación.

el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados". Las referencias fueron extraídas del texto: Defensoría del Pueblo (2009). "El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo de la República del Perú". Serie de Documentos Defensoriales. Documento N° 8. Lima.

³ Véanse, numeral 1 del artículo 44 y numeral 3 del artículo 62 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ Véase: Pascual Vives, José Francisco (2011). "El desarrollo de la institución del Amicus Curiae en la Jurisprudencia Internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, disponible en:

www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf

⁵ **Artículo V. Amicus curiae**

El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de amicus curiae, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al amicus curiae para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Son requisitos que debe cumplir la participación del amicus curiae:

1. No es parte ni tiene interés en el proceso.
2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.
3. Su opinión no es vinculante.
4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.

El amicus curiae carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.

⁶ Defensoría del Pueblos (2009), p. 38.

3. Antecedentes: Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763)

3.1. Finalidad y objeto de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre

Según el artículo 1 de la Ley 29763 su finalidad es gestionar el patrimonio forestal y animal silvestre de la nación. Tal aspiración implica impulsar la conservación, protección, crecimiento, desarrollo, competitividad y uso sostenible de tal patrimonio, en relación con los servicios que ofrecen los ecosistemas forestales y silvestres, adecuándose con los intereses económicos, ambientales, sociales y culturales de Perú. En ese sentido, pretende el aprovechamiento del acervo forestal y de fauna, de manera equilibrada y sostenible, sin olvidar los demás intereses relacionados, como los de los pueblos indígenas, a quienes esta Ley presta especial atención. En cuanto al objeto de la Ley, según el mismo artículo 1, busca establecer el marco legal para regular la conservación, promoción y supervisión de la actividad forestal y de fauna silvestre, para la consecución de la finalidad señalada.

En el marco de la finalidad de la Ley, cabe destacar la importancia que se ha otorgado a los pueblos indígenas. Entre sus principios rectores, en el inciso 3 del artículo 2, *principios generales*, se encuentra la consulta previa, libre e informada. Para la elaboración de esta Ley se realizó un proceso de consulta ante organizaciones representativas de los pueblos indígenas, aun cuando no había sido aprobada la Ley 29785 - Ley de Consulta Previa (SERFOR, 2015, p. 21). De la misma forma, el artículo 27, inciso b de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre había dispuesto de zonas de tratamiento especial en las que se encuentran reservas de tierras para pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.

3.2. Finalidad de la Ley 31973 que modifica la Ley 29763 (Ley Forestal y de Fauna Silvestre)

Para esclarecer el propósito de la Ley modificatoria, es necesario revisar la exposición de motivos en el dictamen de la Comisión Agraria del Congreso de la República de los proyectos de ley N.º 649/2021-CR, 894/2021-CR y 2315/2021-CR que mediante un texto sustitutorio propone la "*Ley que modifica la Ley N° 29763, Ley forestal y de fauna silvestre y aprueba disposiciones complementarias orientadas a promover la zonificación forestal*" (en adelante el Proyecto de Ley). Como se señala en la página 36 del proyecto de Ley, la finalidad es garantizar la seguridad jurídica para los predios rurales, reducir la incertidumbre de la actividad productiva, que se pierdan capitales y la producción agrícola ya obtenida, reducir la pobreza y propiciar la sostenibilidad del aprovechamiento. Para lograrlo, según el dictamen final, el objeto de la ley es garantizar el derecho del uso sobre la tierra de miles de pequeños

productores agropecuarios de la selva, su formalización y certificación ambiental. Es de precisar que la ley está dirigida para la agricultura que ya está establecida, más no para los nuevos proyectos.

La Ley 31973 introduce reformas a los artículos 29 y 33 de la Ley 29763, y aprueba dos disposiciones complementarias transitorias y una final. Las modificaciones de los artículos cambian el hecho de que ahora es el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (MIDAGRI), y no el Ministerio del Ambiente (MINAM), el que mediante resolución ministerial establece, por el artículo 29, los bosques de producción permanente y aprueba, por el artículo 33, la zonificación forestal. Con relación a las normas complementarias, se introducen dos disposiciones transitorias. La primera establece que se suspenda la obligatoriedad de exigir la zonificación forestal como condición para otorgar títulos habilitantes, siempre que se cumplan con ciertos requisitos como acreditar ante el SERFOR los avances en la aplicación de la Guía Metodológica para la Zonificación Forestal. La segunda prohíbe que esa suspensión se aplique para otorgar títulos habilitantes sobre áreas que se encuentren en trámite de reconocimiento de titulación o de ampliación de comunidades campesinas y nativas, así como, sobre áreas en trámite para la creación de reservas territoriales de pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

Por su parte, la disposición complementaria final, establece de manera excepcional, hasta el 11 de enero de 2024, áreas de exclusión para fines agropecuarios y con ello se exceptúa la clasificación de tierras por su capacidad de uso mayor, así como de cumplir con lo señalado en el artículo 38 de la Ley 29763, para aquellos predios privados sin masa boscosa, en los que se desarrollen actividades agropecuarias con títulos de propiedad o con constancias de posesión otorgado por la autoridad competente o que se encuentren dentro de los alcances de la Ley 31145, Ley de Saneamiento Físico Legal y Formalización de Predios Rurales a Cargo de los Gobiernos Regionales.

Además de lo anterior, cabe resaltar que, dicha disposición complementaria final colisiona con el artículo 37 de la mencionada Ley. Este artículo prohíbe que áreas clasificadas como de capacidad de uso mayor forestal y de protección con o sin cobertura vegetal, sean objeto de cambio de uso del suelo para desarrollar actividades agropecuarias, así como en ellas se otorguen títulos de propiedad, y certificados o constancias de posesión. De este modo, se concluye que la disposición complementaria final habilita a que suceda todo lo contrario a la expresa prohibición bajo la premisa de que no exista cobertura vegetal y que se alegue la obtención del título de propiedad o desarrolle actividades agropecuarias de manera previa a la vigencia de la Ley modificatoria en áreas de uso mayor forestal o de protección. Lo anterior afecta sobre todo a los pueblos indígenas, ya que dentro de las zonas con suelos con mayor

capacidad forestal y de protección existen áreas que forman parte de espacios zonificados como de tratamiento especial en donde comunidades nativas ejercen su derecho de cesión de uso o en la que se ubican reservas territoriales o indígenas en las que habitan los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI).

4. Análisis específico del caso: ¿Cuáles son los problemas que la Ley 31973 genera en los pueblos indígenas?

4.1. ¿Por qué los pueblos indígenas ven vulnerados sus derechos como consecuencia de estas modificaciones?

A raíz de la vigencia de la Ley 31973 se han previsto posibles efectos negativos a los pueblos indígenas. En el Perú existen 55 pueblos indígenas, los cuales se ubican geográficamente en zonas amazónicas y en zonas andinas del país. De ellos, según el Ministerio de Cultura, el 90% posee la denominación de pueblos indígenas amazónicos, siendo 51 bajo esta acepción, dejando únicamente a los 4 restantes en la categoría de pueblos indígenas andinos. Debido a la territorialidad que poseen y a su naturaleza, el contenido de la ley los afectaría de forma directa. Dentro de estos pueblos se encuentran los Ashaninkas, Shipibo - Conibo, Matsigenka, Awajun, en similar medida también resultan afectados los pueblos Quechuas y Aymaras.

Mediante la Ley 31973 se validaría la deforestación previa y promovería que los propietarios y ocupantes de tierras en la Amazonía puedan deforestar sin necesidad de realizar estudios de calificación de tierras, ni obtener la aprobación correspondiente del SERFOR, lo que conduciría a la inevitable deforestación de los bosques en dichas zonas, afectando los territorios de estos pueblos y comunidades. Con ello, se pierde la oportunidad de disfrutar de los beneficios económicos, sociales y ambientales que los bosques amazónicos proporcionan, así como de preservar el bienestar de las comunidades y pueblos que habitan en ella. En ese sentido, un indiscriminado uso de dichas tierras forestales traería consigo la ineludible vulneración del modo de vida de sus habitantes, debido a que la gran mayoría se vale de dichos “medios ambientales” para poder desarrollarse y auto sustentarse de forma tal que genere en ellos una vida plena en base a sus tradiciones y prácticas culturales.

La situación descrita afectaría la especial relación que los pueblos indígenas tienen con sus territorios, que trasciende la mera posesión o propiedad, ya que su territorio es esencial para

la preservación de su cultura y supervivencia, tal como ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁷.

Es importante mencionar que dentro de los mencionados colectivos (principalmente en el sector amazónico) se encuentran poblaciones más pequeñas que incorporan en su totalidad estas comunidades, así como los PIACI, que preservan otros estilos de vida de sus habitantes, lo cual genera la necesidad de ser tratados de una forma distinta.

Dada la variedad de pueblos indígenas, y dentro de ellos los PIACI, surge la interrogante de cómo serían afectados por la Ley 31973. Ante ello consideramos que dicha ley genera el riesgo latente de exposición del territorio de las 710 comunidades nativas que aún no han sido tituladas de un total de 2,666 (Según data de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos), hecho que podría llegar a un punto incontrollable a raíz de la presencia de empresas extractivas y distintas actividades económicas que han ocupado dichos territorios de manera ilegal, aprovechando la falta de seguridad jurídica y realizando actividades agropecuarias, prohibidas por el artículo 37° de la Ley 29763 y que ahora son legitimadas.

Lo que mencionaba dicha ley en su artículo derogado era que:

“Artículo 37:

*En tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad de uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal, **se prohíbe el cambio de uso actual a fines agropecuarios**”*

[...]

A comparación de la actual implementada que menciona que:

“PRIMERA. Zonificación forestal y otorgamiento de títulos habilitantes

Suspéndase la obligatoriedad de exigir la zonificación forestal como requisito para el otorgamiento de títulos habilitantes.”

[...]

Así pues, lo que se genera mediante dicha suspensión es el empeoramiento de las condiciones de los pueblos indígenas debido a que se permitirá el ingreso y aprovechamiento agrícola en estas zonas que, originalmente y que, por naturaleza, conforman la vivienda y medio de vida de las comunidades indígenas y sobre todo de los PIACI. En ese sentido, según

⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 284.

datos del Ministerio del Ambiente (MINAM), en el 2020 la pérdida de bosques alcanzó una superficie de 203 mil hectáreas, la más alta en los últimos 20 años.

Además, el 82% de la deforestación obedece a la tala y quema de bosques para abrir pequeñas chacras y el 80% de las áreas que fueron deforestadas para la agricultura y ganadería no contaban con tierras aptas para estas actividades (Recopilado de SPDA). Con ello, es evidente que incluso con la anterior “Ley forestal” la situación de las comunidades y pueblos que habitan en dichas zonas se encontraba en peligro latente; sin embargo, la puesta en vigor de la Ley 31973 podría empeorar una situación que ya crítica.

De ese modo, esta disposición complementaria final habilita la creación de “áreas de exclusión para fines agropecuarios”, que no requerirán pasar por una clasificación por su capacidad de uso mayor, ni cumplir los requisitos exigidos en el artículo 37 y 38 de la Ley Forestal. Con ello, la norma generaría potenciales violaciones de derechos humanos al permitir actividades agropecuarias o agroindustriales en un área sin evaluar su capacidad para ser usada para tales fines. Y es justamente respecto a esto último en donde tendría principal incidencia los pueblos indígenas, así como los PIACI, ya que, sin una evaluación pertinente, las actividades extractivas indiscriminadas en estas zonas pueden llegar a chocar con su modo de vida, sus costumbres, su naturaleza y demás factores que implican un riesgo a su integridad física y cultural.

4.2. El caso especial de los PIACI

El caso de los PIACI es especial debido a que estos por su condición de aislamiento sufren consecuencias adicionales a las sufridas por los pueblos indígenas en general. Al respecto, el Ministerio de Cultura ha resaltado como características de los PIACI que se encuentran altamente integrados al ecosistema que habitan; denotan un profundo conocimiento de su medio ambiente, son altamente vulnerables y sus territorios sufren amenazas (2016). Estas características resultan relevantes al conectarlas con los efectos que la Ley 31973 origina sobre estos territorios. El principal problema que emana de dicha ley se deriva de los problemas de territorialidad y cambio de zonificación forestal. En ese sentido, el impacto no es para nada menor, debido a que el Estado peruano, mediante diferentes decretos supremos, ha reconocido que hoy en día existen hasta 25 pueblos indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial. Aunado a ello, las mismas condiciones de dichos pueblos generan que el contacto de una forma “agresiva” y repentina pueda provocar perjuicios tanto a su integridad, como a su vida misma.

Respecto de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH o la Comisión), ha resaltado que para éstos el contacto con extraños o personas no indígenas supone una afrenta a su cosmovisión, por lo que, al darse el contacto, se afecta de forma irreversible su sistema de creencias, tradiciones y cultura, en los que han basado su modo de vida por cientos de años⁸.

Lista de pueblos indígenas en aislamiento reconocidos vía Decreto Supremo

| <u>Base normativa</u> | <u>PIACI reconocido</u> |
|---|---|
| Decreto Supremo N° 001 - 2014 - Ministerio de Cultura (04 de abril del 2014) | Isconahua, Murunahua, Nahua, Machiguenga, Mastanahua, Mashco Piro, Chitonahua y Amahuaca |
| Decreto Supremo N° 010 - 2022 - Ministerio de Cultura (01 de septiembre del 2022) | Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo |
| Decreto Supremo N° 002 - 2018 - Ministerio de Cultura (15 de marzo del 2018) | Matses, Remo, Marubo, Matis, Flecheiro, Korubo, Matis y otros pueblos indígenas cuya pertenencia étnica no se ha podido identificar |
| Decreto Supremo N° 001-2019 - Ministerio de Cultura (23 de febrero del 2019) | Remo o Isconahua, Mayoruna (Matsés y Matis) y Kapanawa |
| Decreto Supremo N° 004 - 2017 - Ministerio de Cultura (08 de agosto del 2017) | Kakataibo |

Elaboración propia a partir de las normas legales publicadas en el diario oficial El Peruano.

Los PIACI frecuentemente enfrentan una serie de desafíos y situaciones de vulnerabilidad que afectan su bienestar y desarrollo. Existen múltiples ejemplos que acreditan la situación de vulnerabilidad de estos, y cómo el inminente contacto, más aún de una forma poco prevista

⁸ CIDH (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Párr. 20.

tal cual lo genera la Ley 31973, resulta perjudicial para su vida. El caso de la etnia “Nahua”, comunidad indígena perteneciente a la zona mesoamericana, tiene como antecedente un episodio de daños a la comunidad, cuando un grupo de madereros ingresó a su territorio y los contagió de gripe y tos, y causó la muerte de aproximadamente el 60 % de esta población (MONGABAY, 2018) El caso de la comunidad NAHUA es uno de los tantos casos los cuales certifica que en efecto el contacto desregulado hacia estos pueblos indígenas resulta perjudicial y atentaría gravemente contra los derechos humanos que toda persona posee de forma innata.

Asimismo, se pueden encontrar vulnerabilidades social-culturales de estos pueblos ya que el contacto con terceros genera una disrupción en ambos sistemas sociales; sin embargo, claramente serán los PIACI los que resulten más afectados debido a su vulnerabilidad. Así pues, el contacto puede generar desmoralización y desarticulación de su forma de vida que se logra alterando la conducta de los propios pobladores.

Por otro lado, una vulnerabilidad que se ve directamente agravada es respecto a la territorialidad y en efecto, como ya se mencionó anteriormente la Ley 31973, implica una disrupción en la forma de zonificación y territorio bajo los cuales estos pueblos habitan. El Ministerio de Cultura mediante un informe sobre los PIACI menciona que *“la explotación de sus recursos naturales incrementa su vulnerabilidad pues involucra una disminución de la biodiversidad y de los elementos utilizados por dichas poblaciones para su subsistencia y el ejercicio de su cultura y sociedad”*⁹. Un cambio de zonificación forestal implica no sólo un mayor aprovechamiento de zonas que antes no lo eran, sino que a raíz de ello se generaría un contacto “imprudente” con la sociedad externa que harán uso de dichos recursos generando las consecuencias ya anteriormente mencionadas.

Ahora bien, es a raíz de dichos perjuicios que la primacía del principio de “no contacto” hacia estos pueblos prevalece. En efecto, estos pueblos han decidido, por razones culturales principalmente vivir sin interacción significativa con la sociedad exterior. En base a ello, se debe respetar la decisión de vivir de acuerdo con sus propias tradiciones y culturas que resulta fundamental proteger no solo su bienestar físico relacionado con la protección a la salud de sus habitantes, sino también la conservación del medioambiente, y protección de su autonomía. Los PIACI tienen el pleno derecho a la libre determinación, es decir a la elección voluntaria del estilo de vida que deseen llevar sin que existan condiciones forzadas de por medio a menos que la vida de los mismos pobladores esté en riesgo, y/o no exista otro medio por el cual salvaguardarlos.

⁹ Ministerio de Cultura (2016), p. 33.

5. Vulneraciones generadas por la modificación

La Ley 31973, que introduce modificaciones significativas a la Ley Forestal en Perú, ha generado una mayoritaria oposición entre los pueblos y las comunidades indígenas frente a la vulneración de derechos que se estaría produciendo. Esta Ley promulgada el día 11 de enero de 2024 vulneraría los derechos de libre determinación, al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas. Debemos resaltar que se trata de derechos colectivos, reconocidos en la legislación nacional y normas internacionales ratificadas por Perú, que podrían verse transgredido por el Estado al emitir la Ley en cuestión.

Esta normativa, en lugar de promover la conservación y el uso sostenible de los recursos forestales tal y como se ve sustentado en los objetivos de la ley, se percibe como una amenaza directa a los derechos fundamentales colectivos de las comunidades indígenas.

5.1 Vulneraciones a Derechos colectivos de pueblos indígenas por la Ley 31973

a. Vulneración de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas

La CIDH menciona que el Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales está conformado por la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse en comunidad, lo cual comprende elementos políticos y recursos naturales. Asimismo, la Comisión menciona que deben tenerse en cuenta las responsabilidades de los Estados de garantizar tal derecho conforme a los principios de igualdad y no discriminación.

La libre determinación implica que los pueblos indígenas tienen el derecho de elegir sus formas de gobierno, desarrollar sus propias instituciones y sistemas legales, y controlar sus recursos naturales dentro de sus territorios tradicionales. Esto implica un respeto absoluto a su autonomía y autogobierno, reconociendo su capacidad para tomar decisiones que afecten sus vidas y su futuro.

La libre determinación se ejerce como un derecho colectivo del grupo indígena¹⁰ y es indispensable para que los pueblos indígenas puedan disfrutar de todos sus demás derechos, de forma particular los derechos a la tierra y a la participación¹¹. Tal y como lo ha resaltado el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (el Mecanismo de

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, "Esfuerzos Destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: los pueblos indígenas y el derecho a la libre determinación", Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 4 de agosto de 2021. A/HRC/48/75. Párr. 13

¹¹ *Ibíd.* Párr. 14

Expertos), “[e]l derecho a la libre determinación tiene una dimensión interna y otra externa”¹². La dimensión interna está determinada por las dimensiones físicas del Estado y el derecho de los pueblos de proveer libremente su desarrollo, económico, social y cultural, participando en la dirección de los asuntos públicos sin injerencias externas¹³; mientras que la dimensión externa, consiste en el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar contactos, relaciones y cooperación, incluidas las actividades espirituales, culturales, políticas y sociales con sus propios miembros y otros pueblos, a través de las fronteras¹⁴.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas “es un proceso continuo, en el que las instituciones de adopción de decisiones deben estar concebidas de tal modo que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus asuntos internos y locales y participar colectivamente en los procesos de decisión externos”¹⁵.

Respecto del derecho a la libre determinación de los pueblos en aislamiento voluntario, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU ha resaltado que éste debe

“interpretarse como la garantía de que se respetará su decisión de permanecer aislados. La denegación de su derecho a la libre determinación podría suponer una vulneración de su derecho a la vida. El aislamiento es una estrategia de preservación colectiva, que permite a los miembros de estos pueblos mantener sus propios modos de pensar, culturas, idiomas y tradiciones y sobrevivir las amenazas causadas por el contacto forzado con el mundo exterior.”¹⁶

Respecto de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, la ex Relatora de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, resaltó que el principio de no contacto es la manifestación del derecho a la libre determinación de estos pueblos¹⁷. La CIDH también ha hecho referencia al principio de no contacto y su relación con la libre determinación, resaltando que “[p]ara los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, el derecho a la libre determinación tiene una relación directa y profunda con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”¹⁸.

¹² Ibíd. Párr. 15

¹³ Ibíd. Párr. 15

¹⁴ Ibíd. Párr. 16

¹⁵ Ibíd. Párr. 19.

¹⁶ Ibíd. Párr. 18.

¹⁷ Consejo de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz. 17 de julio de 2018, A/73/176. Párr. 16. En el mismo sentido ver CIDH (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Párr. 22.

¹⁸ CIDH (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Párr. 22.

En el marco internacional, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se encuentra reconocido en diversas normas internacionales de las cuales Perú es Estado Parte. El preámbulo del Convenio 169 de la OIT subraya la aspiración de los pueblos indígenas y tribales de “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico¹⁹.” En similar sentido, su artículo 7, literal 1, establece que “[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”

Los desarrollos jurídicos posteriores fueron sistematizados en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, en los siguientes términos:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

La Declaración consagra, de forma inequívoca, la autonomía territorial y el autogobierno indígenas. Entre los principales derechos consagrados bajo este rubro podemos mencionar los siguientes:

- conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5);
- no ser sometidos a una asimilación o integración forzada ni a la destrucción de su cultura y desposesión de sus territorios (art. 8);
- consentimiento frente a actos que puedan provocar su desplazamiento forzado y ante el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras y territorios (arts. 10 y 29.2);
- establecer sus propios medios de información en sus idiomas y a acceder a los demás medios de información no indígenas, sin discriminación (art. 16);

¹⁹ OIT, Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Ginebra, 76ª reunión CIT, 1989, preámbulo.

- participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener sus propias instituciones representativas (arts. 18 y 34);
- la consulta libre e informada antes de adoptarse medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento (arts. 19 y 32);
- determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (arts. 23 y 32.1);
- utilizar sus propias leyes, tradiciones y sistemas de justicia para adjudicar derechos en relación con sus tierras y recursos (art. 27), y para solucionar controversias intracomunitarias (arts. 34 y 35).

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 reproduce la esencia de varias de las disposiciones de la Declaración de la ONU. Su artículo XXI, literal 1, reconoce expresamente el autogobierno y autonomía en términos bastante similares.

Como se evidenció antes, este derecho ha sido desarrollado por mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. En el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, la Corte IDH hizo referencia a lo desarrollado por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de tratado encargado de supervisar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su interpretación del artículo 1 común de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales²⁰, indicando:

“122. [...] Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “**disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales**” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos”²¹.

²⁰ 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas

²¹ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Párr. 122.

Por otro lado a nivel nacional, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°03343-2007-PA/TC, conocida como Cordillera Escalera, menciona que la libre determinación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales (Merino 2023, p. 55).

El Estado peruano, al reconocer las normas internacionales como parte de su ordenamiento, tiene la responsabilidad de asegurar el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas. Además, tiene la obligación de establecer una acción coordinada, adoptar leyes y parámetros para cumplir con los estándares del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígena.

Entre otras cuestiones contempladas por la ley, al cambiar la zona forestal a una agropecuaria, permite la explotación de recursos forestales en territorios ocupados por comunidades nativas. Por ejemplo, se permitiría la actividad de tala, la minería y la explotación de hidrocarburos en los territorios donde viven los pueblos indígenas. Siendo por ello que, al no reconocer, la titularidad de estos pueblos sobre el territorio que han ocupado ancestralmente y sus recursos naturales, en la línea de lo establecido por la legislación nacional y los instrumentos internacionales, deja a los mismos en una situación de desprotección y vulnerabilidad.

b. Vulneración del Derecho al Territorio

El derecho al territorio es un derecho colectivo que forma parte fundamental de la identidad cultural de todos los pueblos indígenas. Este derecho no solo está relacionado con la preservación de identidad de estos grupos, sino también, es un medio de subsistencia y de desarrollo con índole ancestral de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho colectivo al territorio y establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En el instrumento internacional, se encuentra de la siguiente manera:

- **Artículo 26**
 - *Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.*
 - *Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*

Desde su primera sentencia sobre la materia, la Corte IDH en la Sentencia del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, resaltó la estrecha relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y su relación con la libre determinación. En esta sentencia la Corte IDH menciona que:

[...] “Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual” [...] (31 de agosto del 2001)

Este fundamento jurisprudencial reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho intrínseco de habitar en sus tierras tradicionales sin imposiciones externas que afecten su autonomía y libre determinación. Así pues, se destaca una visión que va más allá de la mera ocupación territorial, reconociendo la profunda conexión espiritual y cultural que los indígenas mantienen con la tierra, ya que más que meros recursos, la tierra representa la base misma de su identidad, sus tradiciones y su forma de vida.

Además, la Corte IDH ha reconocido “[...] la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, incluso para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras [...]”²². En un sentido similar la Corte IDH ha resaltado la importancia de los territorios para los pueblos indígenas, al explicar que “[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran [...]”²³.

²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 124

²³ *Ibíd.* Párr. 135.

En su abundante jurisprudencia, la Corte IDH ha desarrollado las obligaciones de los Estados respecto de los territorios de los pueblos indígenas, entre las que se resaltan la obligación de delimitarlos, demarcarlos, y entregarlos a titularidad a los pueblos indígenas.

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, la Corte IDH expresó que el Estado estaba obligado a identificar el territorio tradicional de la Comunidad Yakye Axa, delimitarlo, demarcarlo, titularlo y entregarlo gratuitamente a la Comunidad.²⁴

Por otro lado, la Guía Metodológica del Ministerio de Cultura es una herramienta de asistencia técnica, que brinda a las entidades públicas y sobre todo, a los pueblos indígenas, las etapas de identificación de estos pueblos. Asimismo, su objetivo es orientar a los funcionarios públicos en el proceso de consulta previa. Para ello, conciben al territorio y los recursos naturales del mismo, a la forma en la que la población indígena concibe, usa y administra su territorio y los recursos naturales que en él se encuentran; la cual puede estar relacionada con los valores espirituales y prácticas ancestrales del pueblo.²⁵ La Guía también menciona que el territorio de los pueblos indígenas se puede entender como aquel espacio constituido por suelo, aguas, cerros, bosques, animales y plantas silvestres, cultivos y otros.

En el Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, la Corte IDH sistematizó las siguientes salvaguardias especiales a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios:

[...] 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho

²⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 62.

²⁵ Ministerio de Cultura (2014). P.114

de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales²⁶.

Por otro lado, el Estado peruano reconoce el territorio indígena como un derecho colectivo, por lo que debe garantizar la participación de los pueblos y comunidades en las decisiones que les afecten. Con relación a ello, la CIDH establece que, “*el reconocimiento y efectiva implementación de los derechos sobre la tierra y los recursos naturales son condiciones necesarias para una efectiva autonomía, y es la base para su existencia como sujetos colectivos*”²⁷ (2021: 64). Con ello, es posible dar cuenta de que la tierra es un recurso natural, el mismo que no es considerado como una mercancía por parte de los pueblos indígenas, es decir, del cual se pueda explotar para el beneficio de otros, sino que él mismo es considerado por ellos como una fuente de vida misma, el cual es vital para su existencia.

Respecto de los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, la CIDH ha resaltado como una de las principales amenazas en su contra, la presión sobre los territorios en los que habitan y transitan, considerando que la protección territorial “*es una condición fundamental para proteger la integridad física, cultural y psicológica de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*”²⁸. Al respecto, la CIDH ha enfatizado que los Estados deben aplicar especial cuidado al tomar medidas, para garantizar territorios de suficiente extensión y calidad a pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial²⁹.

Teniendo en cuenta ello, se aprecia que mediante la Ley 31973 se estaría imponiendo el desplazamiento forzoso en los PIACI, ya que mediante la misma se desregula el sector forestal y, con ello, favorece a aquellas personas que realizan actividades como la tala ilegal, pues mediante ellas es que se lleva a cabo la deforestación de bosques para realizar actividades agrícolas ganaderas, comercialización de recursos forestales, etc. De esta manera, tal como lo señala la CIDH, las tierras al encontrarse con la presencia de personas externas, ajenas al hábitat de los pueblos indígenas, es que estos pueblos enfrentan presiones sobre sus territorios (2021: 152).

c. Violación del Derecho a la Consulta Previa en materia legislativa

²⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346, párr. 117.

²⁷ CIDH (2021). Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales.

²⁸ CIDH (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Párr. 93.

²⁹ *Ibíd.*

Como se explicó en los párrafos anteriores, las modificaciones realizadas en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763) que luego devinieron en la Ley 31973 debieron ser consultadas, porque su contenido contraviene los derechos a la libre determinación y territorio de pueblos indígenas.

Es preciso tener en cuenta que la consulta previa es una obligación del Estado peruano desde 1994, año en el que el Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT. Los artículos 6³⁰, 7³¹ y 15³² de este instrumento reconocen el derecho a la consulta previa. Lo cual, dio origen posteriormente, en 2011, a la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y, en 2012, el Reglamento de dicha ley.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado de manera amplia el alcance del derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI). Esta obligación ha sido reconocida no sólo como un derecho fundamental, sino como un principio general del Derecho Internacional³³.

La CPLI es considerada como el medio a través del cual se garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas o tribales respecto de medidas susceptibles de afectar sus derechos y, en particular, su derecho a la propiedad comunal³⁴. Esto se debe a que tanto el derecho a la consulta y al consentimiento se encuentran cimentados en otros derechos como el derecho a la cultura o identidad diferenciada³⁵.

³⁰ Artículo 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

³¹ Artículo 7:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

³² Artículo 15:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

³³ Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305., Párr. 158; Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, párr. 164.

³⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párr. 160; Caso del Pueblo Saramaka, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 134.

³⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 159. CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, Párr. 276; CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

Para la Corte IDH, la consulta previa a los pueblos indígenas debe realizarse “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]”³⁶. Además, la Corte ha considerado que:

“(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”³⁷.

Los órganos del SIDH han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo **previo**, a saber, “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”³⁸.

Además, el proceso de consulta debe ser **culturalmente adecuado** y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación³⁹. Adicionalmente, debe ser **informada**, requisito que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas⁴⁰.

Por último, debe realizarse de **buena fe** y con la **finalidad de llegar a un acuerdo**⁴¹. El requisito de “buena fe” ha sido observado por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas o los

³⁶ Corte I.D.H., Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 159-167.

³⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 134.

³⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

³⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 27, 131, 133, 154. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 201-202.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

⁴¹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 185-187.

intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena⁴².

Tanto la Corte IDH como la CIDH han establecido amplios criterios sobre el proceso de CPLI respecto a concesiones sobre la exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, también existen ciertos pronunciamientos por parte de estos órganos sobre la obligación de los Estados de llevar a cabo procesos de consulta cuando se trata de cuestiones legislativas.

Dicha obligación se desprende del texto expreso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo Art. 6.1 establece lo siguiente:

Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean **medidas legislativas o administrativas** susceptibles de afectarles directamente.

Si bien la OIT no establece un modelo específico bajo el cual se deben realizar los procesos de consulta, dando a los Estados el margen necesario para implementarlo de acuerdo a la diversidad e identidad de los respectivos pueblos indígenas,⁴³ estos procesos deben ser realizados en todas las etapas relativas a la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de las medidas,⁴⁴ incluyendo las legislativas.

De acuerdo con la OIT, garantizar y proteger los derechos de los pueblos indígenas a la consulta implica que tengan la posibilidad de participar significativamente en los procesos de toma de decisión⁴⁵. Así como la OIT ha contribuido para el reconocimiento del derecho a la consulta previa, también ha establecido que la falta de procesos de consulta ha llevado a situaciones de explotación y discriminación, las cuales son la causa de vulnerabilidad en materia social, económica y ambiental⁴⁶.

En este sentido, la OIT concluye que la realización de procesos de consulta no se da únicamente en el marco de satisfacción de derechos, sino que constituye también un medio

⁴² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 186.

⁴³ Ibid, pg. 65

⁴⁴ Ibid, pg. 36

⁴⁵ International Labour Office, Indigenous Peoples and Climate Change: From Victims to Change Agents through Decent Work, (Geneva: ILO, 2017), pg. 33.

⁴⁶ Ibid, pg. XI

para asegurar la inclusión social y prevención de conflictos socioambientales⁴⁷. Es decir, la consulta incluye el derecho a que los pueblos indígenas propongan y decidan en torno a sus prioridades y formas de desarrollo, incluyendo su progreso económico, social y cultural⁴⁸.

Por lo tanto, el cumplimiento del proceso de consulta en todos los ámbitos públicos que afecten sustancialmente a los pueblos indígenas, incluyendo las medidas legislativas, no sólo es una obligación internacional o garantías de derechos, sino también una forma de prevenir conflictos y de alcanzar justicia social.

La OIT ha reafirmado lo establecido en los estándares interamericanos y del sistema universal aplicables al caso concreto. Lo anterior, con relación a la obligatoriedad de llevar a cabo una consulta previa a la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas⁴⁹.

El derecho a la consulta previa incluye no únicamente el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer. Esta afirmación implica que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural⁵⁰.

En el hipotético caso de que en este supuesto que nos ocupa se hubiera producido, conviene puntualizar que una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, particularmente a la vista del 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”⁵¹.

En la misma línea, el Art. 19 de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁵² señala que:

Artículo 19

⁴⁷ International Labour Organization, *Indigenous & Tribal People's rights in practice: A Guide to ILO Convention No. 169*, op. cit., pg. 60

⁴⁸ *Ibid*, pg. 60

⁴⁹ International Labour Organization, *Indigenous & Tribal People's rights in practice: A Guide to ILO Convention No. 169*, op. cit., pg. 66.

Los mecanismos de supervisión de los convenios de la OIT han dictaminado que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y la obligación de los Estados parte al respecto “nace directamente del Convenio. 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional.”

⁵⁰ International Labour Organization, *Indigenous & Tribal People's rights in practice: A Guide to ILO Convention No. 169*, op. cit., pg. 60.

⁵¹ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del Art. 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT, GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90

⁵² Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/61/L.67 y Add.1), 13 de septiembre de 2007. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de **adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas** que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Esto ha sido igualmente desarrollado por el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al establecer que la aplicación de la consulta previa debe darse:

“(…) siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”.⁵³

Dicha disposición es replicada en el Art. XXXI, literal 2, de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁴, la cual establece:

Artículo XXXI

2. Los Estados promoverán, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

En el caso *Sarayaku v. Ecuador* la Corte IDH señaló la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados con los pueblos indígenas o tribales cuando sus intereses puedan ser afectados⁵⁵. Particularmente, resaltó la obligación de consultar:

“[...] sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses”⁵⁶.

De igual manera en el caso *Saramaka vs. Surinam* la Corte IDH dispuso que el Estado en cuestión adopte medidas legislativas, a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, necesarias para reconocer sus derechos territoriales⁵⁷.

⁵³ A/HRC/12/34, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009, párr. 43.

Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

⁵⁴ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

⁵⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párr. 165

⁵⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párr. 166

⁵⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Por su parte, la CIDH ha indicado que “cualquier medida administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena.⁵⁸” En su más reciente informe “*Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*” la CIDH reiteró dicha obligación⁵⁹ y resaltó que el procedimiento de consulta y consentimiento no debe limitarse a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígena sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas⁶⁰.

El SIDH establece la obligación de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de realizar consultas sobre cualquier medida del Estado que pueda afectar sustancialmente los derechos de los pueblos indígenas. Como se verá a continuación, la mayoría de los casos contenciosos sobre consulta se han dado sobre la falta de consulta ante proyectos de inversión, pero la obligación de consultar medidas legislativas se mantiene vigente, y la falta de procedimientos internos no puede servir de excusa para incumplir con esta obligación.

De lo anterior se evidencia que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida estatal, **incluyendo medidas legislativas**⁶¹. Como se verá a continuación, el incumplimiento de dicha obligación, o su realización sin observar las características esenciales de un proceso de consulta, compromete la responsabilidad internacional de los Estados⁶².

Tanto la consulta previa como el consentimiento constituyen un deber del Estado, aunque suela calificarse como un derecho de los pueblos indígenas⁶³. En este contexto, tanto la consulta como el consentimiento constituyen salvaguardas de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas reconocidos en múltiples instrumentos internacionales, incluyendo el

⁵⁸ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009, Párr. 281

⁵⁹ CIDH, Informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31, diciembre 2015, Párr. 152; CIDH, Informe Derechos De Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Informe CIDH OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009

⁶⁰ CIDH, Informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31, diciembre 2015, Párr. 152

⁶¹ A/HRC/12/34, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009.

⁶² Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. Nº 172.

⁶³ Victoria Tauli Corpuz, Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños (Honduras), 22 de diciembre de 2016, p. 13.

Convenio 169 de la OIT, así como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶⁴. Esta obligación de consultar medidas legislativas no admite excepción, abarcando incluso los procesos de elaboración o reformas de normas constitucionales⁶⁵.

La obligación de consultar a los pueblos indígenas debe producirse “con respecto a medidas administrativas o legislativas de aplicación general” cuando dichas medidas pudieran de algún modo afectar de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos.⁶⁶ Además, este deber de consulta no se ve limitado a las circunstancias en que una medida propuesta afecte un derecho reconocido previamente por el Estado. Por ejemplo, con respecto a tierras ancestrales indígenas aún no reconocidas legalmente por el Estado, esta obligación “se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido”⁶⁷.

En el caso de la adopción de una medida legislativa, “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”⁶⁸.

Si el Estado decidiera avanzar con una medida legislativa o administrativa sin un acuerdo, el mismo sería válido únicamente si se respetan los requisitos procedimentales de la consulta, y asegurándose que el proyecto no tiene un impacto social, cultural o ambiental significativo sobre el pueblo indígena afectado. Asimismo, el Estado debe tener o implementar medidas que permitan salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo⁶⁹. Por lo tanto, existe un deber de consulta a los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les afectan directamente.

La regulación de la consulta y la evaluación de los casos que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas debe, como punto de partida, centrar su atención en la evaluación de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas que estarían en juego⁷⁰.

⁶⁴ Victoria Tauli Corpuz, op. cit., p. 18

Estos derechos comprenden los derechos de “participación y libre determinación, los derechos a la propiedad, a la cultura, a la religión y a no ser objeto de discriminación en relación con las tierras, los territorios y los recursos naturales, lo cual incluye los lugares y objetos sagrados; los derechos a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable; y el derecho de los pueblos indígenas a establecer y materializar sus propias prioridades de desarrollo.”

⁶⁵ James Anaya, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 2009.

⁶⁶ Victoria Tauli, op. cit., en relación con Comentario sobre propuesta de consulta - Chile, párr. 43.

⁶⁷ Informe RE 2009, párr. 44.

⁶⁸ James Anaya, op. cit., p. 20.

⁶⁹ James Anaya, op. cit., párrafo 38.

Conviene matizar que El contenido de las consultas a los pueblos indígenas con la reforma constitucional no es, en sentido estricto, jurídicamente vinculante.

⁷⁰ Victoria Tauli Corpuz, op. cit., p. 18.

Si las medidas o actividades que se barajan pueden afectar significativamente los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, la regla general establece que el consentimiento es obligatorio para que las mismas puedan implementarse⁷¹.

Cuando las medidas o actividades propuestas por el Estado no cuentan con el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene que demostrar que existen medidas que garantizan que sus derechos sustantivos y su supervivencia como pueblo diferenciado no se verán afectados, y que se cumplen los requisitos de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Si el Estado no fuera capaz de probar dichos requisitos, “no se debería proceder con la medida o actividad”⁷².

Además, en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también se reconoce y se explica el derecho a la consulta previa, sobre todo en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0022-2009-PI/TC y 00025-2009-PI/TC.

Por un lado, en la STC recaída en el Exp. N° 0022-2009-PI/TC, se menciona que con el derecho a la consulta previa no se pretende tratar con superioridad a los pueblos indígenas, sino reivindicar los derechos fundamentales debido al olvido histórico que han padecido, permitiendo así que se proteja su existencia (fundamento 14).

Del mismo modo, se explica en dicha sentencia que del artículo 6 del Convenio 169, se debe entender que obliga al Estado a proceder con la consulta previa cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas directamente (fundamento 19). Así, para poder regular en qué contexto sería obligatorio aplicar la consulta previa, el Tribunal Constitucional distingue entre tres tipos de medidas legislativas (fundamento 21), los cuales son:

1. Aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente.
2. Aquellas en las que normas de alcance general podría implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas.
3. Aquellas en las que una legislación de alcance general requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas

⁷¹ Victoria Tauli Corpuz, op. cit., pp. 9 y 13.

Incluyen, inter alia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También debe tenerse en cuenta la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los respectivos órganos de supervisión de estos instrumentos.

⁷² Victoria Tauli, op. cit., p. 20.

relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

Asimismo, en el fundamento 37, de dicha sentencia también hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, lo que implica:

1. El acceso a la consulta
2. El respeto de las características esenciales del proceso de consulta
3. La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta

Por otro lado, en el Exp. N° 0025-2009-PI/TC, se menciona que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT (fundamento 20) y que se realiza a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas y es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevé medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (fundamento 25).

De esta forma, es claro que el Perú se encuentra obligado, tanto en el ámbito nacional como internacional, a realizar la consulta previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas.

Entonces, es importante responder a la pregunta **¿Cómo debió realizarse la consulta previa de la Ley 31973?** Para lo cual se desarrollarán los siguientes puntos: quiénes representan a los pueblos indígenas, qué es una medida legislativa, qué entidad realiza la consulta previa, las etapas del procedimiento legislativo, el momento del procedimiento parlamentario en el que se debe realizar la consulta previa.

La Ley de Consulta Previa, cuyo artículo 6 menciona que “los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales”. En el Perú, existen 8 organizaciones nacionales que representan a los pueblos indígenas. Estas son las siguientes: Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC-P), Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), Confederación Campesina del Perú (CCP), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA), Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú, y Confederación

Nacional Agraria (CNA). Estas organizaciones nacionales son a quienes se les debió consultar respecto a la Ley 31973.

En segundo lugar, se debe aclarar lo que es una medida legislativa. Según el art. 3, inciso j del Título I del Decreto Supremo N° 001-2012-MC que aprueba el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, las medidas legislativas son “normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. Al respecto, el TC en su sentencia 00022-2009-PI, fundamento 21 habla de tres clases de disposiciones entre las que se encuentran las normas del alcance general en las que se requiera establecer puntos referenciales a los pueblos indígenas. Si es que, con dichas referencias normativas, se modifica la situación jurídica de los pueblos indígenas, es claro, que ello debe ser materia de consulta. La Ley 31973 encaja en el mencionado supuesto, ya que la disposición complementaria final de la Ley permite que los predios privados que cuenten con títulos de propiedad o que desarrollen actividad agropecuaria sean consideradas áreas para fines agropecuarios sin realizarse la clasificación de tierras. Dicha disposición afecta directamente a los pueblos indígenas ya que dentro de sus territorios se encuentra la mayor capacidad forestal, que ya no será evaluada según la Ley 31973.

En tercer lugar, es importante saber cuál es la entidad responsable de realizar la consulta. De esa manera, el art. 3, inciso g del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, menciona que la “entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento”. En el presente caso, la entidad pública encargada de realizar la consulta previa vendría a ser el Congreso de la República. Puesto que, según el Dictamen del entonces Proyecto de Ley, la Ley 31973 se trata de una iniciativa inédita propuesta por el Congreso de la República⁷³.

En cuarto lugar, se deben tener en cuenta las etapas del proceso de consulta. Así, el art. 8 de la Ley de Consulta Previa, menciona que existen siete (7) etapas en el proceso de consulta previa. Sin embargo, respecto a la entidad del Congreso, “no se ha regulado un procedimiento específico para someter sus respectivas medidas legislativas a consulta antes de ser aprobadas” (Hidalgo, 2023).

Más allá de ello, podemos guiarnos del art. 73 del Reglamento del Congreso, para conocer las etapas del procedimiento legislativo: iniciativa legislativa, estudio en comisiones,

⁷³ Dictamen de Insistencia ante las Observaciones del presidente de la República a la Autógrafa recaído en el Proyecto de Ley 649/2021-CR, 894/2021-CR y 2315/2021-CR con Texto Sustitutorio de la “Ley que modifica la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y Aprueba Disposiciones Complementarias orientadas a promover la zonificación forestal”

publicación de los dictámenes en el portal del congreso, debate en el pleno, aprobación por doble votación y promulgación.

En el caso de la Ley 31973, no se llegó a realizar la consulta previa a las organizaciones indígenas⁷⁴ en ninguna parte del procedimiento que menciona el artículo anterior, tal como lo menciona el Portal del Congreso de la República, siendo esa una de las razones por las que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) aprobó un dictamen que propone la derogatoria de la Ley N.º 31973 para salvaguardar los bosques amazónicos y los derechos de los pueblos indígenas (2024, s/n).

En quinto lugar, es oportuno mencionar en qué momento del procedimiento parlamentario consideramos debió hacerse la consulta. Primero se debe tomar en cuenta que el Proyecto de Ley de la Ley N.º 31973 fue derivado a la Comisión Agraria, y la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE). Luego de que el Proyecto de Ley fuera debatido en ambas comisiones, se produce un dictamen que llega al pleno del Congreso para el debate y eventual aprobación. De acuerdo a La Rosa (2015), la consulta debería darse después de efectuarse la primera votación en el Pleno del dictamen correspondiente y “de este modo, la propuesta consultada tendría el respaldo suficiente al haber recibido la aprobación mayoritaria del Pleno del Congreso (legitimidad), mientras que dicho procedimiento de consulta se realizaría en la etapa del procedimiento legislativo más adecuado porque la medida sometida a consulta ya se encuentra en la etapa final del mismo (pertinencia)” (2015, p. 60). En tal sentido, se resalta la oportunidad del momento en que debe cumplirse con este mandato legislativo.

5.2 Consecuencias de no haber realizado la consulta previa

Siguiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, la Ley 31973 forma parte del tercer supuesto⁷⁵ ya que dicha norma se refiere a los pueblos indígenas a través de sus disposiciones complementarias que modifican la situación jurídica de estos pueblos y comunidades al modificar el uso de tierras que desde un inicio

⁷⁴ Portal del Congreso de la República. (2024). Se aprobó la protección de la Amazonía y los derechos indígenas: la derogación de la Ley 31973, denominada “Ley Antiforestal”. Recuperado de: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/se-aprobo-la-proteccion-de-la-amazonia-y-los-derechos-indigenas-la-derogacion-de-la-ley-31973-denominada-ley-antiforestal/>

Diario Gestión (2024). Comisión de Pueblos Andinos admite derogar cambios que aprobó el Congreso sobre la Ley Forestal. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/comision-de-pueblos-andinos-aprueba-predictamen-que-deroga-la-modificacion-de-la-ley-forestal-noticia/>

⁷⁵ “Aquellas en las que una legislación de alcance general requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta”.

fueron parte de su territorio que dejan de tener aptitud forestal para convertirse a uso agrícola. Al respecto, resulta importante el dato que *“de 2,268 comunidades nativas reconocidas, 1,547 están tituladas, quedando 721 comunidades pendientes de titulación”* (Castillo, 2024). Por lo que dicha situación termina vulnerando los derechos colectivos de los pueblos indígenas tales como la libre determinación y el territorio. Por lo cual, le correspondía a la entidad del Congreso realizar la consulta previa respecto a la medida legislativa mencionada.

6. Conclusiones y petitorio

La Ley N° 29763 - Ley Forestal y de Fauna Silvestre, prestó especial atención a la situación de los pueblos indígenas. La elaboración de esta Ley implicó la realización de la consulta previa a las organizaciones representativas indígenas, siguiendo las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Además, supuso la creación de zonas de tratamiento especial para asegurar la protección de estos pueblos.

La intención de promover el uso sostenible del patrimonio respetando los demás intereses, entre ellos, la de los pueblos indígenas, prevista por la Ley 29763, quedaría trunca, al aprobarse la Ley 31973. Esto se debe a que la finalidad de esta Ley es favorecer el uso y la formalización del uso de la tierra de los pequeños productores agropecuarios, por lo que se dispone en la misma establecer áreas de exclusión para exonerar a esos pequeños productores de la realización de clasificación del suelo por su capacidad de uso mayor, con lo cual se estaría posibilitando que se realicen actividades que puedan resultar perjudiciales en áreas geográficas de comunidades y pueblos indígenas así como en zonas de tratamiento especial para los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial.

En virtud de la ratificación por parte del Estado peruano de los instrumentos internacionales mencionados en el presente escrito y de la emisión de la legislación nacional pertinente en cumplimiento de estos instrumentos, el Estado ha adquirido la obligación de respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Como se desarrolló, los instrumentos internacionales establecen que los Estados Parte tienen la obligación de garantizar el ejercicio de esos derechos de los pueblos indígenas además de establecer una acción coordinada y sistemática a fijar leyes y parámetros para cumplir con los estándares internacionales.

La reciente modificación de la Ley ya promulgada y vigente podría traducirse en un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Perú en materia de derechos humanos de pueblos indígenas y podría vulnerar diversos derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Entre los derechos de los pueblos indígenas que la Ley 31973 podría vulnerar se resaltan los derechos a la libre determinación y al territorio de los pueblos indígenas, reconocidos en el ámbito nacional e internacional por diversos instrumentos como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La Ley 31973 podría tener un impacto aún más grave y diferenciado respecto de los PIACI, respecto de los que los Estados tienen un deber especial de cuidado al tomar medidas y cuya manifestación principal de su derecho a la libre determinación es mantenerse en aislamiento y evitando el contacto; y que corren el riesgo de desplazamiento forzoso luego de la vigencia de la Ley, ya que genera que los mismos se vean afectados, ello en razón de que se ven obligados a tener que desplazarse de un lugar a otro por la presencia de amenazas que derivan de la mencionada ley.

En ese sentido, consideramos importante que se tome en cuenta aquellas amenazas como daños que afectan irremediablemente a los PIACI, los mismos que en muchas ocasiones olvida el Estado, son humanos, que sienten y, se ven vulnerados, quienes no pueden hacer más que huir ya que no comprenden el hecho del por qué se les quita parte de su hábitat de tal manera.

La Ley N°31973 estaría afectando el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, ya que el Congreso en ningún momento realizó el procedimiento de consulta. La falta de la consulta previa no solo vulnera la libre determinación de los pueblos indígenas y su territorio, sino también propiamente el derecho a acceder a la consulta previa de estos. Este hecho genera que el Estado peruano incurra en responsabilidad tanto nacional como internacional, puesto que no solo incumplió con su normativa interna, como lo es la Ley N° 29785, sino también internacional como son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Con base en lo anterior, respetuosamente solicitamos al Tribunal Constitucional del Perú que admita el presente escrito de amicus curiae y tome en consideración los elementos de hecho y de derecho expuestos.

Muy atentamente,



Javier La Rosa Calle
Profesor de la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú



Gustavo Zambrano Chávez
Profesor de la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Daniel Cerqueira
Director de Programa
Fundación para el Debido Proceso

Katya Salazar
Directora Ejecutiva
Fundación para el Debido Proceso

Ana Elisa Samayoa
Oficial de Programa
Fundación para el Debido Proceso

6. Bibliografía

- ✓ Castillo, P. (2024). Situación de la titulación de tierras a nivel nacional. Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES). Recuperado de: <https://cepes.org.pe/2024/05/28/situacion-de-la-titulacion-de-tierras-a-nivel-nacional/>
- ✓ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. Recogido en: <https://oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>
- ✓ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recogido en: [Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y TribalesInternational Labour Organizationhttps://www.ilo.org › media › download](https://www.ilo.org/media/download/Convenio_169_de_la_OIT_sobre_Pueblos_Indigenas_y_Tribales)
- ✓ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2024). Decisión política del Congreso de promulgar modificaciones a la Ley Forestal busca acabar con la Amazonía y los pueblos indígenas. Recuperado de: <https://derechoshumanos.pe/decision-politica-del-congreso-de-promulgar-modificaciones-a-la-ley-forestal-busca-acabar-con-la-amazonia-y-los-pueblos-indigenas/#:~:text=La%20aprobaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2031973%2C%20que%20legaliza,ind%C3%ADgenas%20en%20Aislamiento%20Voluntario%20y>
- ✓ CIDH (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>
- ✓ CIDH (2021). Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>
- ✓ Consejo de Derechos Humanos, “Esfuerzos Destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: los pueblos indígenas y el derecho a la libre determinación”, Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 4 de agosto de 2021. A/HRC/48/75.
- ✓ Consejo de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz. 17 de julio de 2018, A/73/176.
- ✓ Corte IDH. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 11: Pueblos Indígenas Y Tribales. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- ✓ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 124.
- ✓ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

- ✓ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Maya Q'eqchi' Agua Caliente Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de mayo de 2023. Serie C No. 488.
- ✓ Defensoría del Pueblo (2010). El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Recuperado de:
<https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/AMICUS-CURIAE-AAC-MARZO-2010.pdf>
- ✓ Hidalgo, H. (2023). Hacia la implementación de la consulta previa de medidas legislativas en el Perú. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR). Recuperado de: <https://dar.org.pe/hacia-la-implementacion-de-la-consulta-previa-de-medidas-legislativas-en-el-peru/>
- ✓ La Rosa, J. (2015). La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo. *Revista Cuadernos Parlamentarios*. Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios. Recuperado de: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/76D8716906DD55D005257FD8005FACB9/\\$FILE/cuadernos-parlamentarios-16.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/76D8716906DD55D005257FD8005FACB9/$FILE/cuadernos-parlamentarios-16.pdf)
- ✓ Merino, R. (2023). Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Primera edición. Palestra. Lima.
- ✓ Ministerio de Cultura. (2014). Etapa de identificación de pueblos indígena u originarios Guía Metodológica. Recuperado en: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/sites/default/files/pi/archivos/Gu%C3%ADa%20metodol%C3%B3gica%20etapa%20de%20identificaci%C3%B3n%20de%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20u%20originarios.pdf>
- ✓ Ministerio de Cultura (2016). Los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial de la Amazonía peruana: Mecanismos para la protección de sus derechos. Recuperado de: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/PUEBLOS-%20INDIGENAS-EN-AISLAMIENTO-Y-EN-CONTACTO-INICIAL.pdf>
- ✓ Mongabay Latam. (2018). Acorralados por mafias y enfermedades: la situación de los pueblos en aislamiento y contacto inicial. Recuperado de: <https://es.mongabay.com/2018/12/pueblos-en-aislamiento-y-contacto-inicial-latinoamerica/>
- ✓ Pascual, J. (2011). "El desarrollo de la institución del Amicus Curiae en la Jurisprudencia Internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, disponible en:
www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf
- ✓ Scourfield McLauchlan, Judithanne, Congressional Participation As Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing (2005).
- ✓ Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (2015). Ley Forestal y de Fauna Silvestre N° 29763 y sus Reglamentos. Recuperado de: <https://repositorio.serfor.gob.pe/handle/SERFOR/620>