

## PROCESOS CONSTITUCIONALES

Año XVIII / N° 3284

1

### PODER JUDICIAL

#### PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

SENTENCIA  
A.P. N° 29126-2018  
LIMA

Lima, veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

##### I. Vistos:

El recurso de apelación, formulado por la demandante **Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana**, en adelante Aidesep, contra la sentencia apelada contenida en la resolución número veintidós, de fecha uno de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas trescientos ochenta y dos, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resuelve declarar **infundada** la demanda de acción popular instaurada con fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis; en los seguidos por Aidesep contra el Ministerio de Cultura y otro, sobre proceso de acción popular.

##### II. Antecedentes

###### II.1 Demanda

Demanda de Acción Popular formulada por Aidesep contra la **Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785**, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, publicada el tres de abril de dos mil doce, y la **Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC**, que aprueba la Directiva N° 001-2016-VMI/MC "Procedimientos para aplicación de los dispuesto en la Decimoquinta Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley 29785", publicada el veintisiete de junio de dos mil dieciséis; **peticionando se deje sin efecto las disposiciones demandadas, desde la fecha de sus publicaciones**. Sustentando esencialmente que:

i. Las disposiciones contravienen el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 2, 3, 5 y 9 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a Pueblos Indígenas u Originarios, que prevén la consulta previa de toda medida administrativa o legislativa que afecte derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo las que aprueben ejecución de proyectos de servicios públicos; ambas desnaturalizan creando supuesto de exoneración -en servicios públicos- de la consulta previa, no previsto por normas de mayor jerarquía para ninguna medida que afecte a los pueblos indígenas del Perú; la omisión de difusión de información adecuada y previa de la decisión es causal de nulidad.

ii. El convenio 169 de la OIT es parte del derecho nacional, de obligatoria aplicación por todas las entidades estatales, complementa normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

iii. Ningún Decreto Supremo o Resolución Ministerial puede pretender resolver los supuestos en los que no cabe consulta previa, máxime si el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no hace excepciones.

iv. La consulta previa es exigible cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas, debiendo el Estado informar a las comunidades nativas y campesinas, de las consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena; cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica,

deberá tomar las medidas para que sea comprendida plenamente, plazos idóneos y facilitar versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada.

###### II.2 Contestación de la demanda

La Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional, contestó la demanda solicitando sea declarada infundada, señalando que:

i) Se ha implementado política progresiva de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, además del **derecho de consulta, derechos** como el de educación, salud y la provisión de otros servicios básicos; no discuten reconocimiento, rango constitucional y contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

ii) El Ministerio de Cultura través del Viceministerio de Interculturalidad tiene la competencia de establecer y dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de la política sectorial, respecto a materia relacionada con la pluralidad étnica y cultural de la nación, señalando la Ley de Consulta Previa que *el Viceministerio es órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo*.

iii) El Estado protege los derechos a la salud y la educación, que se garantizan a través de prestación de servicios frente a una necesidad básica de la colectividad, en tal sentido, someter a un proceso de consulta solo retrasaría la implementación de medidas que no solo tienen por finalidad el garantizar los derechos de los individuos que integran los pueblos indígenas u originarios; el derecho a la educación, las políticas nacionales tiene como principal objetivo asegurar el desarrollo integral de las personas.

iv) El principal objetivo de las políticas en educación es el desarrollo integral de los estudiantes, elevar los estándares de calidad del servicio educativo. El Estado está obligado a garantizar el derecho a la salud de la población, determina la política nacional de salud y el Ejecutivo establece normas y supervisa su aplicación; es de reconocimiento convencional el disfrute del nivel más alto de salud, debiendo establecer medidas a través de la norma impugnada para que la prestación del servicio público de salud no se vea interrumpido. Las medidas, no tienen por objeto desconocer el derecho a la consulta, sino garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales que contribuirían a su desarrollo integral y al ejercicio pleno y libre.

v) Las normas impugnadas establecen mecanismos de participación de los pueblos indígenas a fin de que en coordinación con ellos, se implemente tales medidas. Así, en el punto 6.2 de la Directiva de la Resolución Viceministerial, desarrolla el procedimiento de información y coordinación entre la entidad que aprueba la medida y los pueblos indígenas.

vi) La Ley de Consulta Previa no ha reconocido el derecho de veto, por lo que el proceso de consulta no impediría tampoco la realización de actividades, pero tiene un cauce distinto al mecanismo previsto en las normas impugnadas.

vii) Las obligaciones en derechos humanos no deberían someterse a una evaluación previa de los ciudadanos. Son obligaciones que progresivamente deben cumplirse de manera imperativa al responder a la protección del fin supremo de la sociedad. Son derechos fundamentales que involucran la salud, la vida o la educación, también responden a obligaciones que emanan del concepto de vida digna, y por el que los ciudadanos deberían contar con garantías de mínimos niveles de vida y salubridad.

###### II.3 Incidente de Intervención litisconsorcial

De los actuados en primera instancia se advierte que:

El Instituto Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible - IDLADS, la Conferencia Nacional Agraria - CNA, la Organización

Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú - ONAMIAP, la Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente - ORPIO y la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana del Norte del Perú ORPIAN-P, solicitaron su intervención litisconsorcial, pedido que fue declarado improcedente por resolución número seis por mayoría, la misma que al no haber sido objeto de impugnación, ha quedado consentida.

#### II.4 Fundamentos de la sentencia de primer grado

La sentencia de primera instancia **declara infundada la demanda** de acción popular, expresando como sustentos del caso concreto que:

i) No encuentra vulneración de derecho constitucional alguno a la actora, por cuanto de la evaluación conjunta del Convenio N° 169-OIT, así como de las normas complementarias (Décima Quinta Disposición del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento, y Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC), se advierte que, si de la debida coordinación de las entidades del Estado del sector salud, educación y de servicios públicos, surge acuerdo con los representantes de los Pueblos Indígenas sobre la construcción y mantenimiento de infraestructura, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento, tal como literalmente se ha establecido en la citada Décima Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

ii) En cuanto al principio de jerarquía, se debe recordar que el ordenamiento jurídico se rige por el principio de coherencia, de tal forma que existe un todo sistemático (principio de unidad) entre las normas que la componen.

iii) Las normas materia de la demanda no contrarían las contenidas en la Ley de Derecho a la Consulta Previa reconocido en el Convenio 169 OIT; el Decreto Supremo se corresponde funcionalmente al articulado de la Ley que regula la consulta previa y la necesidad de coordinación con los pueblos indígenas; ya que la Décima Quinta Disposición señala que en coordinación con los pueblos indígenas la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la provisión de servicios públicos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previa, contrario sensu, de no llegarse a un acuerdo, se procederá a la consulta previa siguiendo los parámetros establecidos en la Ley N° 29785; y al no haberse declarado la inconstitucionalidad de la Ley N° 29785, esta irradia sus efectos plenamente; no existiendo afectación al principio de jerarquía.

#### II.5 Fundamentos del recurso de apelación de sentencia:

La recurrente precisa que su Organización agrupa a los sesenta y cuatro pueblos indígenas amazónicos, entre ellos: Aijuna, Secoya, Bora, Huitoto, Yagua, Achuar, Kichwaruna, Wangurina, Shipibo, Cacataibo, Ashaninca, Cashinahua, Sharanahua, Culina, Amahuaca, Amaraakaeri, Kechuas, Aguaruna, Chayahuita, Cocama, Cocamilla, Huambisa, Shapra, Cansoshi, Yine, Yami, Matsiguenga, Yanessa, Arasaire, Toyoeri, Harakmbut, Asheninca, Nomatsiguenga, Ese-Eja, Huachipaeri, Ocaina, Ticuna, Urarina, Yaminahua, Nahua, Muratu; señala que:

i) La sentencia transgrede el derecho a la debida motivación, al limitarse a citar grandes párrafos de doctrina, de artículos del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de artículos de la Constitución, de artículos del Código Procesal Constitucional, de artículos de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas - Ley N° 29785, y de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin debida interpretación y motivación judicial, y sin aplicarlos al caso concreto. En el decimocuarto y último considerando, solo afirman sin sustento alguno que las normas no contrarían la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas.

ii) Sobre la Décima Quinta Disposición, señala que en coordinación con los pueblos indígenas, no se requiere someterse al procedimiento de consulta previa, contrario sensu, de no llegarse a un acuerdo se procederá a la consulta previa; realiza una indebida conclusión de que no existe afectación al principio de jerarquía de normas.

iii) Del artículo 6 de la Convención 169 de la OIT es claro, que toda medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas deber ser objeto de consulta previa, no hace excepciones en caso que sea servicio público o si beneficia o no a las comunidades indígenas, por tanto, cualquier interpretación o norma como las cuestionadas que restrinjan el derecho colectivo, resulta inconstitucional e ilegal, y por generar una excepción no reconocida por el convenio.

iv) Las normas cuestionadas contradicen los artículos 2, 3, 5 y 9 de la Ley de Consulta Previa, que establece la consulta previa incluyendo medidas administrativas que aprueban la ejecución de proyectos de servicios públicos tales como carreteras, líneas férreas, hidroviás, helipuertos, aeropuertos, líneas de transmisión eléctrica, hidroeléctricas, etc.

#### II.6 Absolución de la Procuraduría Pública, del recurso de apelación:

i) La apelante solo ha argumentado que la Décima Quinta Disposición sería inconstitucional e ilegal por establecer excepciones a la consulta previa; sobre la base de ello solicita

se declare inconstitucional e ilegal la Resolución Viceministerial, permitiendo deducir que la pretensión sobre esta última es accesoria a la principal.

ii) En el duodécimo considerando de la sentencia, en concordancia con el décimo cuarto, expone de forma clara su interpretación sobre las normas nacionales e internacionales en materia de consulta previa y su relación con la norma impugnada, a fin de desestimar la demanda, por lo que no existe falta de motivación.

iii) Se ha demostrado que la excepción es al procedimiento desarrollado en el Reglamento. Ello se advierte del tenor literal del último extremo de la Décima Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final impugnada. De esta manera, debe descartarse la supuesta afectación al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y de los artículos 2, 3, 5 y 9 de la Ley N° 27985.

#### II. CONSIDERANDO:

##### PRIMERO. Delimitación del objeto de pronunciamiento

1.1 El presente caso elevado en grado de apelación en el proceso constitucional de Acción Popular, es uno de trascendencia y complejidad, que vincula a la realidad multicultural de nuestro país en la que se impugna disposiciones infralegales alegando afectación del derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa, demanda formulada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana que agrupa 64 pueblos indígenas amazónicos, entre ellos a los Aijuna, Secoya, Bora, Huitoto, Yagua, Jebero, Achuar, Kichwaruna, Wangurina, Shipibo, Cacataibo, Ashaninca, Cashinahua, Sharanahua, Culina, Amahuaca, Amaraakaeri, Kechuas, Aguaruna, Chayahuita, Cocama, Cocamilla, Huambisa, Shapra, Cansoshi, Yine, Yami, Matsiguenga, Yanessa, Arasaire, toyoeri, Harakmbut, Asheninca, Nomatsiguenga, Ese-Eja, Huachipaeri, Ocaina, Ticuna, Urarina, Yaminahua, Nahua, Muratu.

1.2 Se advierte de las actuaciones en primera instancia que las asociaciones Instituto Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible - IDLADS, la Conferencia Nacional Agraria - CNA, la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú - ONAMIAP, la Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente - ORPIO y la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana del Norte del Perú - ORPIAN-P, peticionaron su intervención litisconsorcial la cual fue declarada improcedente por mayoría en la Sala Superior, que al no ser objeto de apelación dicha resolución quedó consentida, este Colegiado Supremo considera necesario por el carácter vinculante del control de convencionalidad y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>, a cuya jurisdicción nos encontramos sometidos, recordar pautas que deben tenerse en consideración por los jueces de instancia, a efectos de evitar incumplimiento de obligaciones convencionales y hacer incurrir en infracciones al Estado Peruano:

a) En nuestro sistema, conforme a lo previsto en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional, los procesos de Acción Popular son de legitimidad activa abierta, significando que cualquier persona puede interponer este tipo de pretensiones para el control concentrado de normas infralegales.

b) Las normas del artículo II y del tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del código citado, privilegian en los procesos constitucionales el cumplimiento de los fines por sobre las formalidades procesales; además de acuerdo a las Cien Reglas de Brasilia aprobadas por el Poder Judicial como normas de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República<sup>2</sup>, y aplicables al caso al incluir entre los grupos vulnerables a las comunidades indígenas<sup>3</sup>, reconociendo en el considerando quinto que el Perú es un país multicultural, multiétnico y plurilingüe, establece que es necesario que las instituciones del sistema de justicia, apliquen un enfoque de ejercicio pleno de derechos para las personas que acceden a la justicia, que las normas del Capítulo II, deben ser promovidas para su aplicación por todos los operadores del sistema, que van destinadas a las personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, para la defensa de sus derechos, se debe promover las condiciones necesarias para la tutela judicial efectiva de los derechos, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

c) Normas de nuestro ordenamiento interno que compatibilizan con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la interpretación del derecho a la tutela procesal efectiva en su expresión del derecho de acceso, cuando se trate de poblaciones indígenas y su representación en proceso que se resuelvan medidas que les afecten; reiterando el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido, recursos efectivos ante los jueces y tribunales competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales<sup>4</sup>; que además en el caso de pueblos indígenas y tribales es indispensable una protección real<sup>5</sup>, que, para garantizar efectivamente los derechos se debe considerar su identidad cultural y características propias<sup>6</sup>.

Resultando pertinente anotar, que en este caso no se materializa vulneración a derechos de las asociaciones representativas de personas y poblaciones indígenas, cuya participación se declaró improcedente, en tanto se absuelven y atienden los fundamentos de la demanda a la que pretendían coadyuvar, sumado a que la sentencia que se dicte en proceso de

Acción Popular produce efectos erga omnes, es que tampoco se concretiza vicio de nulidad, correspondiendo resolver la causa en segunda instancia.

1.3 Por otro aspecto, si bien la parte emplazada en el informe oral alegó que la demanda no se encuentra fundamentada en relación a la Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC (que aprueba la Directiva N° 001-2016-VMI/MC Procedimientos para aplicación de los dispuesto en la Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785), y de resolverse al respecto se le estaría afectando el derecho de defensa; es importante anotar que como se tiene precisado en la parte expositiva de esta sentencia, que las pretensiones de la demanda de Acción Popular se encuentran dirigidas contra las dos disposiciones anotadas, y en igual forma se ha fundamentado respecto de ambas, y la contestación de la demanda -que por cierto no ha cuestionado al respecto-, se ha fundamentado igualmente defendiendo la citada resolución viceministerial, por lo que no se determina afectación al derecho de defensa.

1.4 El fundamento principal de la demanda y del recurso de apelación, reside en que las disposiciones cuestionadas crean y regulan un supuesto de exoneración de la consulta previa vulnerando su derecho fundamental y contraviniendo el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, y los artículos 2, 3, 5 y 9, de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. En ese orden, se absuelve el grado iniciando con premisas sobre el proceso de acción popular y el control normativo, luego resolver sobre las deficiencias de motivación, continuando con el pronunciamiento sobre aspectos sustanciales del recurso de apelación y absolución, fijando previamente las premisas y estándares normativos del derecho fundamental a la consulta previa, para determinar si las normas demandadas superan el control concentrado.

1.5 Es necesario precisar que en este caso no se debaten las competencias del Viceministerio de Interculturalidad, sino en específico que las disposiciones infralegales demandadas vulneran el derecho a la consulta previa; asimismo las partes no discuten el reconocimiento convencional y constitucional del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

## SEGUNDO. Proceso Constitucional de Acción Popular y Control de Convencionalidad, Constitucionalidad y Legalidad

2.1 Conforme se tiene establecido en la sentencia A.P. N° 2232-2012 - Lima<sup>7</sup>, el proceso de Acción Popular es una garantía constitucional de competencia exclusiva del Poder Judicial, reconocida en el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución, que procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general -cualquiera sea la autoridad de la que emanen-, que infrinjan la Constitución, la ley; previendo el artículo 76 del Código Procesal Constitucional<sup>8</sup>, su procedencia en los casos de infracción a la constitución o la ley. Los Jueces están facultados a determinar la nulidad con efecto retroactivo de las normas impugnadas, determinando sus alcances en el tiempo; las sentencias que queden firmes tienen la calidad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial *El Peruano*<sup>9</sup>.

2.2 En relación al control constitucional, se ratifica que conforme a la norma del artículo 138 de la Constitución, que vincula a los jueces, se debe preferir la norma constitucional en el supuesto de existir incompatibilidad con una norma legal, igualmente preferir la norma legal sobre toda norma de rango inferior; norma que guarda perfecta armonía con la supremacía normativa prevista en el artículo 51 de la Constitución: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

2.3 A lo señalado es necesario destacar que en el Estado Constitucional de Derecho en el siglo XXI, se incorporan nuevas exigencias en la labor jurisdiccional, que incluyen además de una constitución material, derechos fundamentales que se cumplen, la garantía jurisdiccional de la supremacía objetiva y subjetiva de la constitución frente a toda actuación, autoridad política, y a toda persona, con un nuevo rol de los jueces, que a decir de Rodolfo Luis Vigo: "El mandato de afianzar la justicia se dirige a todos los poderes, pero el último control de ese cumplimiento deben hacerlo los jueces que imparten justicia conforme a los derechos fundamentales"<sup>10</sup>, en igual forma anota Prieto Sanchis que: "El estado constitucional se caracteriza por un fuerte contenido normativo y la garantía jurisdiccional, en los jueces que concretizan derechos adquiriendo un mayor protagonismo"<sup>11</sup>; Luigui Ferrajoli señala que: "Hoy entendemos que toda la Constitución -sin excluir su preámbulo- opera encomendando a los jueces el controlar la constitucionalidad de los actos y normas generados por autoridades o particulares, lo que implica la superación del paradigma paleoconstitucional del Estado Legislativo de derecho"<sup>12</sup>.

El Estado Constitucional de Derecho nos trae cambios significativos:

- Cambio de las condiciones de validez de las normas jurídicas (reglamentos, leyes, normas constitucionales), involucrando no sólo a la constitución como parámetros de

validez, sino también y esencialmente a los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos que sean vinculantes para el Estado Peruano; constituyendo fuentes válidas y vinculantes del ordenamiento jurídico actual; el interno -nacional, y el internacional -convenios, estándares normativos internacionales, jurisprudencia de la Corte IDH y su interpretación vinculante.

- Cambio en la labor jurisdiccional, del estudio, interpretación y explicación de las leyes, a un estudio, interpretación y aplicación de las leyes conforme a las normas constitucionales y normas convencionales sobre derechos fundamentales. No solo aplicación de las leyes, sino de interpretar y aplicar las leyes conforme a las normas constitucionales y convencionales.

El derecho dejó de ser textos y disposiciones legales, para pasar a la interpretación de las leyes a la luz y conformidad con las normas constitucionales y convencionales, y el modo de entender el derecho es en el sentido de que lo jurídicamente vinculante no está solamente en las leyes, constitución, sino además, principalmente y en forma obligatoria en las normas convencionales y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin posibilidad de oponer nuestro derecho interno para incumplir lo que señala el derecho convencional.

El carácter vinculante del control de convencionalidad y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reside además de las normas constitucionales del artículo tercero sobre derechos implícitos que se fundan en la dignidad del Hombre, en la norma constitucional de la Cuarta Disposición Final y Transitoria y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevén que el contenido y alcances de los derechos protegidos, se interpretan conforme a los referidos tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte; también se sustenta en que el Perú en ejercicio de su soberanía, depositó el veintiocho de julio de mil novecientos setenta y ocho el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además el veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y uno presentó ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el instrumento de reconocimiento de la competencia y jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera incondicional y por plazo indeterminado<sup>13</sup>. Sumando, que por la Convención de Viena -a la cual también estamos vinculados-, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, es el acto por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento de obligarse por un tratado; la cual recoge el principio pacta sunt servanda, en el sentido de que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; no puede un Estado invocar disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir un tratado<sup>14</sup>.

Habiendo señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en interpretación vinculante, que, *cuando el Estado ha ratificado un tratado como la Convención Americana, los jueces como parte del aparato del Estado, están sometidos a ella, obligándoles a velar porque los efectos de las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin*<sup>15</sup>; puntualiza que *el Poder Judicial debe ejercer el "control de convencionalidad", entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y las normas convencionales*<sup>16</sup>; que *no se puede invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplir obligaciones convencionales*<sup>17</sup>; que la Corte IDH es una vía residual y subsidiaria a la que se acude cuando los poderes y órganos internos no cumplen con su obligación de protección de los derechos fundamentales, incurriendo el Estado en responsabilidad<sup>18</sup>.

Teniendo establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisprudencia vinculante, la obligación de los jueces de velar por el efecto útil de la convención, de ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y las convencionales<sup>19</sup>; obligando a los operadores jurídicos nacionales conocer las normas convencionales que forman el corpus iuris interamericano vinculantes para el Estado peruano, conocer su interpretación, estándares - jurisprudencia y criterios para su correcta aplicación. El control de convencionalidad se ha ampliado a la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evolucionado de un control concentrado a cargo de la referida Corte, a un control difuso interamericano a cargo de las autoridades nacionales de cada Estado, especialmente de los magistrados, jueces y fiscales.

Estas nuevas exigencias se denominan parámetros de validez y estándares jurídicos, en la convencionalización del Derecho, que se deben tener presente al resolver la presente causa en que la demanda se sustenta en afectación del derecho fundamental a la consulta previa, y vulneración de norma convencional del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

## TERCERO. Sobre la motivación de la sentencia apelada

3.1 La apelante sustenta que la sentencia de primera instancia transgrede el derecho a la debida motivación al limitarse a citar grandes párrafos de doctrina, de artículos del Convenio 169 de la OIT, de artículos de la Constitución, de artículos del Código



Procesal Constitucional, de artículos de la Ley del Derecho a la Consulta Previa y de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin realizar una debida interpretación y motivación judicial de lo citado, y sin aplicarlos al caso concreto; que en el decimocuarto y último considerando, solo señalan que las normas demandadas en su pretensión no contrarían la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, sin mayor sustento lógico alguno; que sobre la cuestionada Décimo Quinta Disposición, se hace una cita errónea del mismo, al puntualizar que "señala que en coordinación con los pueblos indígenas la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos, no se requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previa, contrario sensu, de no llegarse a un acuerdo se procederá a la consulta previa", lo que no establece la Ley N° 29785, arribando a una indebida conclusión al señalar que no existe una afectación al principio de jerarquía de normas.

**3.2** Conforme se detalla en la parte expositiva de esta sentencia, la impugnada declara infundada la demanda de Acción Popular bajo los sustentos basilares de que, sí de la coordinación con las entidades estatales surge el acuerdo con los representantes de los Pueblos Indígenas u Originarios, respecto a la construcción y mantenimiento de infraestructura, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta; que la Decimoquinta Disposición señala que en coordinación con los pueblos indígenas la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previa, contrario sensu, de no llegarse a un acuerdo, se procederá a la consulta previa siguiendo los parámetros establecidos en la citada Ley N° 29785, la cual no ha sido declarada inconstitucional y en consecuencia no se afecta el principio de jerarquía.

**3.3** Ciertamente la recurrida presenta deficiencias en la motivación y falta de logicidad, al transcribir textos de doctrina limitándose a indicar "como señala la doctrina", "más adelante el autor señala", sin expresar cuál es el razonamiento que acoge o expresa el colegiado jurisdiccional; transcribe extensos textos de disposiciones convencionales, legales y reglamentaria, sin identificar ni expresar la norma del caso concreto que en labor interpretativa recoge de tales textos, presentando deficiencias en la elaboración de sus premisas normativas, así como en la corrección material de las mismas; también presenta deficiencias en justificación interna en tanto sus afirmaciones y enunciaciones no se corresponden con premisas fácticas y jurídicas que estén contenidas en el desarrollo de la sentencia, por ejemplo no analiza ni desarrolla de donde extrae de la Decimoquinta disposición que: *de haber acuerdo no se requiere someter a la consulta previa, y que a contrario sensu, de no llegarse a un acuerdo, se procederá a la consulta previa*; finalmente su afirmación de que no existe una afectación al principio de jerarquía de normas alegadas por la parte actora, no se corresponde con un debido análisis fundamentado.

**3.4** No obstante tales deficiencias solo alcanzan a la resolución, y conforme a las normas de los artículos II y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se privilegian los fines esenciales de los procesos constitucionales, que son garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que los procesos constitucionales se deben desarrollar con arreglo a los principios de dirección y economía, debiendo el Juez y el Tribunal adecuar las exigencias de las formalidades al logro de los fines; facultando el segundo párrafo del artículo 20 del citado código, que si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo. Por lo que, se deja subsistente la recurrida, procediendo a emitir pronunciamiento sobre el fondo.

#### **CUARTO. Premisas sobre el Derecho Fundamental a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios**

**4.1** Para resolver las posiciones de la demandante, de la emplazada y de la sentencia apelada, sobre las normas cuestionadas y determinar si superan el control material de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad, es necesario acudir a premisas sobre los derechos fundamentales a la identidad, diversidad cultural, que sustentan el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

**4.2** Atendiendo a lo desarrollado en el considerando segundo, este Tribunal Supremo se considera vinculado a las normas convencionales que protegen el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, correspondiendo garantizarlo, así como interpretar y aplicar las leyes en coherencia con el objeto y fin del citado derecho.

**4.3** Partimos de nuestra norma suprema que irradia sobre todas las normas de nuestro sistema jurídico vinculando a todos, que en su acertada y valiosa primera norma del artículo primero establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado; en coherencia el artículo segundo inciso décimo noveno reconoce el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural, respeta y protege el Estado Peruano la pluralidad étnica y cultural de la Nación; en consonancia la norma del artículo 89 establece que las Comunidades Campesinas y las Nativas gozan de autonomía en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras, dentro del marco que la ley establece.

**4.3.1** La identidad cultural es un derecho fundamental que sustenta el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, además nos permite entender la necesidad e importancia de su protección<sup>20</sup>; en tanto la identidad no es una cuestión privada, se descubre dentro de uno mismo e implica identidad con otros participando de una colectividad, sea nación, minoría étnica, clase social, movimiento religioso, etc., que una persona solo podrá ser libre en el área cultural apropiada, donde se respeten sus valores, debiendo en una sociedad multicultural respetar y alentar la diferencia cultural y derecho a la realización individual, lo cual es complicado en sociedades modernas y liberales en las que se propugna la integración sin diferencias e igualdad<sup>21</sup>.

Es un derecho consustancial a los atributos y a la dignidad humana, oponible a todos (erga omnes) como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto, no admitiendo derogación, ni suspensión; tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; su plena vigencia fortalece la democracia y ejercicio de derechos y libertades fundamentales; **la privación del derecho a la identidad, las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo, dificultan, impiden, el goce o acceso a los derechos fundamentales**, creando diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, obstaculizan el derecho de toda persona al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica<sup>22</sup>.

**4.3.2** La diversidad cultural está presente en la mayoría de los Estados, máxime que integra elementos estáticos y dinámicos, en un mundo siempre cambiante que se incorporan nuevas culturas. Es reconocida la cultura como un derecho fundamental<sup>23</sup>, señalando la UNESCO que es un bien humano digno de protección, que se define en conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social, que: "La cultura se expresa en cada comunidad humana a través de la infinita diversidad de los actos y los intercambios mediante los cuales el hombre da un sentido a su vida y deja su marca en la historia. La cultura es la realización del hombre, de todo hombre. La cultura es universal pero no única"<sup>24</sup>.

**Reconocido como un derecho fundamental, la diversidad cuenta con varias dimensiones o contenidos que permiten su pleno disfrute, el derecho a la autodeterminación, el derecho a decidir su propio destino, el derecho a que se respete y no haya intromisión en la adopción de decisiones, el derecho a practicar la propia cultura**, anotando José de Val<sup>25</sup>, que se trata de una autonomía cultural en que cada grupo la dota de contenido sin admitir intromisiones legislativas.

La Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales<sup>26</sup>, afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad, es patrimonio común de la humanidad que debe valorarse, preservarse en provecho de todos; que la diversidad cultural crea un mundo rico y variado que acrecienta la gama de posibilidades y **nutre las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones, y que esta prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, resulta indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional**. Establece la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, el fomento del diálogo, la interculturalidad, la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos<sup>27</sup>.

**4.3.3** En un mundo con diversidad cultural cobra mayor sentido la protección de la identidad personal, así la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas<sup>28</sup>, reconoce el derecho a la identidad cultural y obliga a los Estados a proteger la existencia e identidad nacional, étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías presentes en sus territorios; **el deber de los Estados de fomentar para la promoción de esa identidad, y adoptar medidas apropiadas, legislativas y otras, para lograr esos objetivos; reconoce el derecho de las minorías étnicas y demás, de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel regional, nacional, que pueden ejercer sus derechos individualmente o en comunidad con los demás miembros de su grupo, y no deben sufrir ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados; es deber de los Estados adoptar medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación y en plena igualdad ante la ley**; con obligaciones positivas de los Estados, de propiciar la participación plena en el progreso y el desarrollo económico de su país, políticas y programas nacionales, así como los programas de cooperación y asistencia entre Estados, se deben planificar y ejecutar considerando los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías, con intercambio de información y de experiencia, promoviendo la comprensión y la confianza mutua.

**4.3.4** Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **la falta de consulta al pueblo indígena afectó su identidad cultural**, la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones y cosmovisión,

así como a la conservación de las características propias de su cultura y de su modo de vivir, produciendo consecuencias en las personas<sup>29</sup>.

4.4 En el contexto de derechos fundamentales que protege la identidad y la diversidad cultural, el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT reconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa<sup>30</sup>, estableciendo la obligación de los Estados de consultar a los pueblos interesados bajo ciertas reglas: i) con libre participación; ii) a través de sus instituciones representativas, iii) utilizando procedimientos apropiados; iv) de buena fe; v) de una manera apropiada a las circunstancias; vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento; y vii) en cada oportunidad que se prevean medidas legislativas o administrativas, que les puedan afectar<sup>31</sup>.

El derecho a la consulta también reconocida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>32</sup>, establece en su artículo 19 que: "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".

4.4.1 La Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, sustenta que existe la necesidad de reconocer que los pueblos indígenas son iguales a todos los otros pueblos, que tienen el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales; anota que a estos pueblos se les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses; en estos tiempos, ya no se admiten formas de discriminación, opresión ni violación de sus derechos, y más bien se propugna "el control por los pueblos indígenas de sus acontecimientos que los afectan a ellos y a sus tierras, territorios y recursos, les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades", compatible con ello, es que previamente a adoptar o aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales, se debe **obligatoriamente cumplir con el procedimiento de consulta**, con la finalidad de obtener acuerdos, el consentimiento libre, previo, e informado.

4.4.2 La consulta previa requiere información completa, plena, para obtener un fin mayor, esto es el "acuerdo", y en su caso "consentimiento libre e informado"; la oportunidad de la consulta, conforme se desprende de las normas internacionales, **debe ser previa** a la adopción o aplicación de la medida, **no simultáneamente ni después; pues ello significaría una vulneración al derecho de los pueblos protegidos al consentimiento "previo"**. Deben los Estados articular un proceso de consulta a los pueblos indígenas para que participen en las decisiones que los afectan, que demuestren que han adquirido otro status y es signo ineludible de la transformación de las relaciones Estado-Pueblos Indígenas<sup>33</sup>.

4.4.3 **Es obligatoria, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**, debe realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas; con la finalidad de obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento; la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas<sup>34</sup>.

La consulta previa si bien guarda ciertas coincidencias con la participación ciudadana no es lo mismo<sup>35</sup>, así como **no es igual a "coordinación"**; la consulta previa consiste en un procedimiento formal gravoso y complejo dirigido a la observancia de ciertos requisitos y procedimientos calificados que verifiquen su debido cumplimiento conforme a las exigencias convencionales.

Teniendo relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH<sup>36</sup> señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es deber del Estado de organizar adecuadamente sus estructuras para que la consulta a comunidades y pueblos indígenas se lleven a cabo conforme a los estándares internacionales en la materia; por lo que se reitera que no se trata de "coordinaciones", ni de que "la excepción se refiera al procedimiento reglamentado", sino de realizar conforme a procedimientos reglamentados que cumplan los estándares internacionales de la consulta previa; igualmente no resulta estimable aquella afirmación de que "el proceso de consulta no impediría tampoco la realización de actividades". Pues, como interpreta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta se vincula con el derecho de toda persona a la participación política en la dirección de los asuntos públicos, directamente o a través de representantes libremente elegidos; que está relacionado con el derecho a la identidad cultural la cual puede ser vulnerada en los casos que no se cumple con la consulta previa, y se vincula con el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales<sup>37</sup>; señalando el Relator de la Organización de las Naciones Unidas, que la libre determinación de los pueblos indígenas responde "a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar

efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión<sup>38</sup>".

#### 4.5 Estándares internacionales de la Consulta previa

Los estándares internacionales constituyen pautas de comportamiento fijados como criterios de evaluación, del comportamiento de los Estados en relación al respeto de los derechos fundamentales<sup>39</sup>, cuya inobservancia trae como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado pudiendo ser sancionado en proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**El derecho fundamental a la consulta previa**, exige que esta sea oportuna, accesible, libre e informada, habiendo fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos los siguientes estándares internacionales sobre el cumplimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas y comunidades nativas:

1. Se debe efectuar la consulta previa a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente<sup>40</sup>.

2. La consulta previa debe efectuarse a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales y a los pueblos como un todo, debiendo tener la oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente<sup>41</sup>.

3. No se cumple con la exigencia del punto 2, cuando algunos miembros de los pueblos no tengan un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de supuestos representantes, en ese caso se tiene por incumplido el requisito de participación plena del pueblo interesado<sup>42</sup>.

4. No se cumple el requisito de participación plena si la consulta solo se realiza a una determinada banda, clan o segmento del pueblo interesado, sin mandato de las demás bandas, clanes o segmentos, o cuando no se desarrolla la consulta apropiada entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre tales derechos e intereses, en particular cuando las decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales<sup>43</sup>.

5. La decisión de que líderes o jefes deben ser los representantes consultados de los pueblos interesados, le corresponde al pueblo indígena y no al Estado<sup>44</sup>.

6. Debe garantizarse la participación de los pueblos interesados en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo; desde las primeras etapas de la elaboración planificación del proyecto o medida propuesta, garantizando que los pueblos puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales.

7. Como garantía de no repetición, cuando se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio, o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el pueblo deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia<sup>45</sup>. Al respecto señala Nuñez Donald que la Corte Interamericana de Derechos Humanos teniendo presente la discriminación de tipo estructural en que viven las comunidades indígenas, ha dispuesto en detalle lo que el Estado debe hacer para garantizar ciertos mínimos en relación con el derecho a consulta previa y así evitar otras situaciones de violación a sus derechos<sup>46</sup>.

8. La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión o implementación de la medida, desde las primeras etapas del plan, inversión o medidas, el aviso temprano permite la evaluación y el debate al interior de las comunidades para adoptar la respuesta que consideren adecuada<sup>47</sup>.

9. Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas<sup>48</sup>.

10. El procedimiento de consulta debe ser un verdadero instrumento de participación de los pueblos indígenas, y no se agota en un mero trámite formal; está orientado a establecer un diálogo entre las partes, bajo principios de confianza, respetos mutuos y de buena fe, con miras a alcanzar un consenso<sup>49</sup>.

11. La consulta previa debe efectuarse conforme a procedimientos apropiados y adecuados, a través de sus instituciones representativas, garantizando a los miembros de la comunidad, que puedan comprender y hacerse comprender, en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y medios eficaces<sup>50</sup>.

12. Procedimientos apropiados de consulta previa, se entienden con referencia a la finalidad de la consulta, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, la naturaleza de las medidas consultadas, se deben incluir criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, la consulta tiene una dimensión temporal, dependiendo de las circunstancias precisas de las medidas propuestas<sup>51</sup>.

13. La consulta debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante<sup>52</sup>.

14. Es obligación de los Estados no solo de realizar la consulta previa, sino también de obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucren desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias<sup>53</sup>.

4.6 En ese orden, la obligación del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales a la salud y educación, no justifica ni exime de cumplir la consulta previa, al tratarse de un derecho fundamental a cuyo cumplimiento y realización se encuentra obligado el Estado Peruano; por otro aspecto no se advierte colisión entre los derechos fundamentales anotados, por lo que no son estimables las alegaciones de la parte emplazada al respecto.

4.7 La obligación de los Estados de prevenir y realizar con la debida antelación procedimientos eficientes para la consulta previa, restan de sustento a las alegaciones de la emplazada de que "someter a un proceso de consulta solo retrasaría la implementación de medidas", *máxime* que la supuesta demora, no es un argumento atendible en derecho convencional, para incumplir o vulnerar un derecho fundamental.

Tampoco cuenta con sustento constitucional y convencional, la afirmación de la parte emplazada, de que "La Ley de Consulta Previa no ha reconocido el derecho de veto, por lo que el proceso de consulta no impediría tampoco la realización de actividades"; en tanto como se tiene antes desarrollado, el sustento jurídico de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, se vincula con el reconocimiento fundamental a la identidad cultural, se sustenta en su reconocimiento en normas y jurisprudencia internacional de derechos humanos de carácter vinculante para el Estado del Perú, por lo que no es posible adoptar decisiones ni realizar actividades vulnerando el derecho fundamental.

En cuanto, a la afirmación de que "*Las obligaciones en materia de derechos fundamentales no deberían estar sujetas a una evaluación previa por parte de los ciudadanos. Son obligaciones que deben cumplirse progresivamente y de manera imperativa pues responden a la protección del fin supremo de la sociedad*"; constituyen un desconocimiento a las normas constitucionales y convencionales, y a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 3 reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y que en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, que reconoce en el artículo 7 1. que los pueblos interesados tiene el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este 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.

Llevándonos a reiterar lo señalado por esta Sala Suprema, que "El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, exige asumir la trascendencia de la protección de estos pueblos (...)", que "ahora en el siglo XXI que se reconoce el Estado pluricultural dentro de políticas de interculturalidad se orienta a superar la tolerancia encaminando al reconocimiento y respeto de personas humanas iguales, y titulares de derechos fundamentales"<sup>54</sup>.

Asimismo, enfatizar que el derecho a la consulta como derecho fundamental cuenta con una doble dimensión, la subjetiva que comprende las facultades de acción a favor de sus titulares, y objetiva o institucional que alcanza a la entidad pública emplazada, en su obligación como poder público, "*de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad*"<sup>55</sup>; en la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, su ejercicio no se restringe a las atribuciones del titular, involucra el deber de abstención de los demás de no impedirlos, como la **obligación del Estado de contribuir que estos derechos sean efectivos y eficaces en su ejercicio**; por lo que las normas reglamentarias que inobserven estos derechos no se conciben con la obligación del Estado Peruano de respetar los derechos reconocidos bajo responsabilidad internacional, y social por las repercusiones negativas que acarrea la implementación de procedimientos no adecuados para la consulta previa de los pueblos indígenas<sup>56</sup>.

#### QUINTO. Interpretación y Análisis de las normas infralegales denunciadas

5.1 Continuando con el control material de las dos normas infralegales materia de la demanda de Acción Popular:

- Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, publicada el 03 de abril de 2012.

- Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC que

aprueba la Directiva N° 001-2016-VMI/MC "Procedimientos para aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, publicada el veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

5.2 La Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC (en adelante Decimoquinta Disposición), contiene el siguiente texto:

#### Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos

La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento.

5.2.1 La disposición requiere ser interpretada aplicando el método literal y el sistemático en concordancia con la norma del reglamento a la cual se remite en su parte final, entendiendo que se refiere al reglamento del cual forma parte, esto es, al Reglamento de la Ley N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - (en adelante Ley de Consulta Previa), el Decreto Supremo N° 001-2012-MTC (en adelante el reglamento).

5.2.2 El reglamento señala en el primer artículo que *tiene por objeto reglamentar la Ley del Derecho a la Consulta Previa reconocido en el Convenio 169 de la OIT*, para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso. Significando de la norma, que **el procedimiento previsto en el reglamento es el aplicable para el desarrollo y acceso del derecho fundamental a la consulta previa reconocido en el citado Convenio**; por lo que en concordancia con la decimoquinta disposición materia de demanda, resulta que, cuando dispone en la parte final que "*no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento*", **se está refiriendo a supuestos en los que no se aplicará el procedimiento de consulta previa aplicable para el desarrollo y acceso al derecho fundamental reconocido en el artículo 6 del referido convenio**.

El artículo segundo del reglamento prevé **el ámbito de aplicación, a todas las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo** a través de las distintas entidades que lo conforman, a los decretos legislativos que se emitan conforme al artículo 104 de la constitución, y establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de las entidades del Estado, así como a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

En el Título segundo a partir del artículo quinto, establece aspectos generales del proceso de consulta, **señalando que la obligación de consultar a los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la ley**, denotando que se trata de una obligación a cumplirse bajo responsabilidad del Estado; estando ante "consultas" que deben ser formales, plenas, y llevarse a cabo de buena fe, con un verdadero diálogo caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo de alcanzar un acuerdo o consentimiento, buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los participantes y contenidos en el Acta de Consulta.

El Título III regula el proceso de consulta, el inicio del proceso, las reuniones preparatorias, el plan de consulta, la etapa de publicidad de la medida, la etapa de información, etapa de evaluación interna, etapa de diálogo, suspensión y abandono del proceso de diálogo, acta de consulta, etapa de decisión, plazo máximo del proceso de consulta, informe de consulta, financiamiento del proceso de consulta, y de la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del gobierno nacional.

5.2.3 Lo cual conduce, que cuando la decimoquinta disposición dispone que en determinados supuestos no se requiere someter al procedimiento de consulta previsto en el reglamento, se está refiriendo al procedimiento, reglamentado con un plan y etapas de la consulta previa.

Precisando la disposición impugnada, los supuestos en que no se requiere someter al procedimiento de consulta, en casos de construcción y mantenimiento de infraestructura, cuando se trate de salud, educación, y la necesaria para la provisión de servicios públicos; con la exigencia de que estas actividades sean en coordinación con los pueblos indígenas y estén orientadas a beneficiarlos.

Extrayendo de lo desarrollado, las siguientes normas de la decimoquinta disposición:

**EN1:** No se requiere someter al procedimiento de consulta previa previsto en el reglamento para el cumplimiento del derecho fundamental reconocido en el Convenio 169 OIT, cuando se trate de construcción de infraestructura en materia de salud, en coordinación con los pueblos indígenas y estén orientadas a beneficiarlos.

**EN2:** No se requiere someter al procedimiento de consulta previa previsto en el reglamento para el cumplimiento del derecho



fundamental reconocido en el Convenio 169 OIT, cuando se trate de construcción de infraestructura en materia de educación, en coordinación con los pueblos indígenas y estén orientadas a beneficiarlos.

**EN3:** No se requiere someter al procedimiento de consulta previa previsto en el reglamento para el cumplimiento del derecho fundamental reconocido en el Convenio 169 OIT, cuando se trate de construcción de infraestructura necesaria para la provisión de servicios públicos, en coordinación con los pueblos indígenas y estén orientadas a beneficiarlos.

Resultando en evidencia que la norma **crea supuestos en que no se aplicarán el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas, cuando se adopten acciones de mantenimiento y construcción de infraestructuras en los casos antes señalados, exigiendo dos elementos: la coordinación con los pueblos indígenas y que las medidas se orienten a beneficiarlos.**

**5.3** La Resolución Viceministerial N° 013-2016-VM-MC, es una disposición normativa que aprueba la Directiva N° 001-2016-VM/MC, denominada "Procedimientos para aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo" (en adelante resolución viceministerial).

**5.3.1** El contenido de la referida resolución viceministerial está referido exclusivamente a la aplicación de la décimo Quinta disposición del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, esto es, para los casos contemplados en la referida Décimo Quinta disposición, en los que no se requiere aplicar el proceso de consulta previa regulado en el reglamento, contemplando:

**Objetivo:** Establecer los procedimientos para la aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, en las medidas administrativas vinculadas con la construcción y/o el mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, y para la provisión de servicios públicos.

**Alcance:** La Directiva es de aplicación a las entidades públicas responsables de aprobar medidas administrativas que sean títulos habilitantes para construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, y provisión de servicios públicos.

**Responsabilidad** a cargo de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura, de brindar asistencia técnica a las instituciones públicas y a los pueblos indígenas u originarios en cumplimiento de la Directiva, y de supervisar su debida aplicación.

**Disposiciones generales** que comprende principios, aspectos sobre la aplicación de la Décimo quinta Disposición del reglamento en construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud, construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de educación, construcción y/o mantenimiento de infraestructura necesaria para la provisión de servicios públicos, instrumentos para la identificación de pueblos indígenas.

**Disposiciones específicas**, aplicación de la referida Décimo Quinta Disposición, tipo de actividad, carácter de servicio público, identificación de pueblos indígenas u originarios; en el punto 6.1.3 titulado "Aplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785", señala que una vez realizados los pasos precedentes, la entidad promotora se encuentra habilitada: a. Emitir el informe correspondiente, señalando que la propuesta de la medida administrativa en cuestión se encuentra dentro de uno de los supuestos de la Décimo Quinta Disposición, y **"que en consecuencia, no corresponde realizar un proceso de consulta previa"**, b. Emitir medida administrativa que autoriza la realización de actividades.

En el acápite 6.2 señala **"Elaboración del Plan Informativo"**, indicando que: "Una vez aprobada la medida administrativa la entidad promotora elaborará el Plan Informativo, el cual procurará emitirlo en un plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la aprobación de la medida administrativa. Al respecto debe observarse que **la ejecución del Plan Informativo no supone la interrupción de las actividades previstas para el inicio de las actividades de construcción y/o mantenimiento de infraestructura de salud, educación o la necesaria para la provisión de servicios públicos**"; precisa el contenido principal del plan informativo, los pueblos indígenas u originarios ubicados en el ámbito de la medida, actividades a realizar durante la ejecución del proyecto aprobado por la medida administrativa, beneficios que generan las actividades a desarrollarse como consecuencia de la aprobación de la medida administrativa, oportunidad en la que llevará a cabo las coordinaciones por parte de la entidad promotora, actos que esta implica, procedimiento de información. En el acápite 6.3 Señala **"Ejecución del Plan Informativo"**, partes del procedimiento, desarrollo de las acciones del Plan Informativo, Financiamiento para la realización de las acciones de Coordinación.

**Disposiciones Complementarias**, de Elaboración de Informe final sobre el resultado de la aplicación del Plan Informativo, funciones del Viceministerio de Interculturalidad, de brindar asistencia técnica y capacitación a las entidades promotoras y a

los pueblos indígenas u originarios y originarios del ámbito de la medida, atender dudas, hacer seguimiento del cumplimiento de las acciones aprobadas en los planes informativos. Concluyendo con un Anexo N° 01 de Glosario de Términos.

**5.3.2** Del análisis de la resolución viceministerial se reafirma que está prevista su aplicación en estricto para los casos de la decimoquinta disposición, en los que no se seguirá el procedimiento de consulta previa regulada en el reglamento.

Así lo tiene precisado en su objetivo, el cual reside en **establecer procedimientos para la aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición**, esto es, para los casos en que no se realizará el procedimiento de consulta previa reglamentado en el Decreto Supremo, significando de acuerdo a las normas impugnadas, que en tales casos, **no se realizará consulta alguna, sino se seguirá el procedimiento previsto en la resolución viceministerial.**

**5.3.3** A mayores elementos que esclarecen al respecto, se encuentra reiterado en sus disposiciones regulando un procedimiento sin consulta previa, en el acápite 6.1.3 titulado "Aplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785", señalando taxativamente en las disposiciones específicas en el punto "a." la habilitación a la entidad promotora a emitir informe, estableciendo que:

"la propuesta de la medida administrativa en cuestión se encuentra dentro de uno de los supuestos de la **Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, y que, en consecuencia, no corresponde realizar un proceso de consulta previa**"<sup>57</sup>.

En el punto "b.", faculta emitir la medida administrativa que autoriza la realización de actividades, esto es, sin consulta previa.

**5.4** De las normas extraídas en labor interpretativa de las disposiciones denunciadas, **no se establece que estén dirigidas a obtener un acuerdo con los representantes de los Pueblos Indígenas u Originarios respecto de la construcción y mantenimiento de infraestructura**; por el contrario, **las normas impugnadas están prescindiendo de todo acto de consulta previa a los pueblos, autorizando la realización de las medidas administrativas sin consulta**; añadiendo, que si no se realizan las etapas de convocatoria, información y diálogo (etapas de la consulta previa), no es posible viabilizar un acuerdo constitucional y convencionalmente válido, y que cuando corresponden efectuar la consulta previa con sus formalidades y garantías vinculantes no es posible sustituirla con "coordinaciones", por otro aspecto el que dichas medidas "esté orientada a beneficiarlos", es una apreciación subjetiva que vulnera el derecho a la identidad cultural, de tomar sus propias decisiones, evaluar y decidir qué es lo que le conviene o no; **concluyendo que las normas demandadas vulneran el derecho fundamental a la consulta previa reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT** que prevé la obligación de los Estados de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente, con libre participación, consultas efectuadas de buena fe y de manera apropiada con la finalidad de llegar a un acuerdo o el consentimiento.

Asimismo, **las disposiciones infralegales materia de la demanda, vulneran no solo las normas legales de los artículos 2, 3, 5, 9, sino además el artículo 4 de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a Pueblos Indígenas u Originarios**, que en suma regulan la obligación convencional de consultarles en forma previa, de las medidas administrativas y legislativas que afecten directamente sus derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, de consultarles los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente sus derechos; consulta con la finalidad de lograr acuerdo o consentimiento, a través de un diálogo intercultural "que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos"; consulta que no puede realizar de cualquier forma ni ser sustituida por coordinaciones, al exigir la ley el cumplimiento de principios rectores en su realización, esto son: a) Oportunidad, en forma previa a la adopción de la medida legislativa o administrativa; b) Interculturalidad, reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas; c) Buena fe, en clima de confianza, colaboración y respeto mutuo, estando prohibido de conductas antidemocráticas; d) Flexibilidad, mediante procedimientos apropiados, tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos interesados; e) Plazo razonable, que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta; f) Ausencia de coacción o condicionamiento; g) Información oportuna, toda la información necesaria. Constituyendo titulares del derecho a la consulta, los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa; asimismo la obligación de identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con

los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

5.5 En ese orden, también carecen de sustento las afirmaciones de la parte emplazada de que las disposiciones denunciadas establecen una excepción al procedimiento desarrollado al reglamento, habiendo quedado determinado en interpretación sistemática, que la no aplicación del procedimiento regulado en el reglamento se refiere al procedimiento previsto para el desarrollo, y cumplimiento del derecho fundamental reconocido en el Convenio 169 OIT; además cuando existe la obligación de efectuar la consulta previa, no se puede realizar de cualquier forma, sino cumpliendo las garantías, exigencias y estándares convencionales.

5.6 Las disposiciones impugnadas, no logran superar los estándares internacionales del derecho fundamental a la consulta previa, al prescindir del procedimiento pre establecido en el reglamento que garantice la realización de una consulta previa, e informada, de acuerdo a los cánones internacionales, que respete el derecho fundamental a la cultura e identidad cultural; que se debe llevar con antelación a la adopción de los proyectos de mantenimiento y construcción; por lo que al infraccionar el derecho fundamental a la consulta previa y las exigencias convencionales de su realización, resulta fundada la demanda de Acción Popular.

5.7 Se declara la nulidad con efectos retroactivos de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, y de la Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC, dejando de producir efectos a partir del día siguiente de sus respectivas publicaciones, atendiendo que es sumamente gravoso y no se puede permitir la subsistencia y efectos de actos que vulneran derechos fundamentales, así como de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente tales derechos; aplicando al pasado con efectos generales la declaración de nulidad, por razones justificantes en el estado de cosas inconstitucional e inconvencional determinado en la presente sentencia constitucional con efecto erga omnes; y cumpliendo las obligaciones convencionales del Estado Peruano de no introducir en el ordenamiento jurídico, regulaciones atentatorias de derechos fundamentales, y de eliminar tales regulaciones, así como combatir las prácticas de dicho carácter<sup>68</sup>; la decisión de este Supremo Tribunal vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

5.8. La condena de los costos del proceso en sentencia de acción popular, se encuentra prevista en la norma del artículo 97 del Código Procesal Constitucional, a cargo del demandado cuando la sentencia es fundada, y al demandante cuando la demanda es desestimada y éste hubiere incurrido en temeridad. En el presente caso, debido a la necesidad de defensa de la emplazada, y que no se ha establecido como un hecho comprobado, temeridad en el proceso, corresponde absolver de la condena de costos a la entidad demandada.

## II. DECISIÓN:

Por estas consideraciones: **REVOCARON** la sentencia apelada contenida en la resolución número veintidós, de fecha uno de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas trescientos ochenta y dos, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda de acción popular instaurada con fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda la misma; en consecuencia, **DISPUSIERON la expulsión del ordenamiento jurídico** y declararon la **NULIDAD con efecto retroactivo**, de las siguientes disposiciones infrallegales:

1. Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el tres de abril de dos mil doce.

2. Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC, de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

Las normas citadas dejan de producir efecto a partir del día siguiente de sus publicaciones en el diario oficial *El Peruano*.

3. La presente sentencia vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación; en los seguidos la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana – Aidesep contra el Ministerio de Cultura y otros, sobre acción popular; **ORDENARON** publicar la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* conforme a ley; y los devolvieron. **Jueza Suprema ponente: Rueda Fernández.**

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BERMEJO RÍOS

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO ARIAS LAZARTE, ES COMO SIGUE:**

Me adhiero a la ponencia que ha decidido revocar la sentencia de vista y declara fundada la demanda, haciendo la siguiente

precisión:

### 1. La cultura como espacio de diálogo

La cultura puede definirse como comportamientos normados, de valores y creencias que comparte una sociedad. Para Rodrigo Montoya<sup>69</sup>, la cultura es el modo de vivir, sentir, pensar, resolver problemas, amar, emocionarse, divertirse etc. En este espacio la cultura es inseparable de la lengua, el origen geográfico (territorio) y la historia común, que dan sentido de pertenencia a sus miembros y los reafirma frente a los "otros".

Es relevante considerar que la creencia<sup>60</sup> constituye un sistema de disposiciones para actuar, o como diría Wittgenstein, una forma de vida, que cambian a lo largo de la historia de la humanidad y que en determinados casos pueden transformarse, "cuando ciertas proposiciones empíricas logran una solidez tal que pasan a ser certezas para todos"<sup>61</sup>.

En síntesis, la identidad cultural está relacionada a un espacio simbólico que moviliza códigos que entrelazan a las personas de acuerdo a patrones de comportamientos normados, valores y creencias y que tiene como base tangible, el origen geográfico y la historia común, que dan sentido pertenencia a sus miembros<sup>62</sup>.

La identidad cultural debe entenderse como un proceso dinámico que se recrea individual y colectivamente, afirmándose con la influencia externa, y no como algo esencial, estático, en términos de Wilde, "si hay algo característico de la producción contemporánea en la temática de la identidad, eso es sin duda, el rechazo de las tradicionales formas de abordar el tema, que estaban teñidas de un esencialismo que obturaba procesos concretos de producción-transformación de identidad y relegaba la cuestión del cambio, al quietismo de etiquetamientos estancos y ahistorias<sup>63</sup>".

### 2. Derecho al desarrollo de los pueblos indígenas desde el diálogo intercultural

El diálogo entre las culturas parte de reconocer la existencia del etnocentrismo, que consiste en conceder un valor superior a la cultura propia frente al que se otorga a la ajena, a partir de juicios o justificaciones, con patrones propios de dicha cultura.

Desde la filosofía y sociología se ha planteado que existen dos formas de etnocentrismo: "una fuerte que plantea la existencia de una interpretación única y absoluta de una determinada cultura o creencia respecto a otras formas de vida diferente a la propia y por tanto es excluyente; una tenue que, si bien hay una interpretación de otras formas de vida o culturas a partir de la propia, permite abrirse a ellas, las diferentes culturas, pero no para hacer concesiones sino para que se adhieran, pues el punto de partida correcto es la cultura propia". Esta segunda vertiente, al contrario de la primera es incluyente, pero establece condiciones por parte de la cultura que dice estar en el punto de partida correcto para incluir a las diferentes<sup>64</sup>.

En esa línea, de acuerdo a Rorty, citado por Quintanilla, "hay dos tipos de etnocentrismo: uno inevitable, deseable e inclusivo, y otro evitable, inaceptable y excluyente"<sup>65</sup>. Respecto al primero la premisa es que "toda sociedad y todo individuo son etnocéntricos y no podrán no serlo, porque asumen que sus creencias son las creencias verdaderas y que sus valores son los valores correctos. De esta manera, asumen también que creencias o valores incompatibles con los de ellos son falsos o incorrectos"<sup>66</sup>, pero que están dispuestos a reconocer que sus creencias podrían ser falsas; y respecto al segundo, "es aquel según el cual una comunidad se considera axiológicamente o epistemológicamente privilegiada respecto de otras, pues considera que su representación de la realidad o de los valores correctos es la más cercana a la naturaleza misma de las cosas. Este tipo indeseable de etnocentrismo puede ir de la mano con una forma de autoritarismo, pues si uno piensa que hay una descripción última y correcta de la realidad y que uno está más cerca de ella que los demás, puede creerse en el derecho a imponerla"<sup>67</sup>.

Para Quintanilla, el *quid* de la cuestión, para evitar el autoritarismo cultural, supone asumir la decisión de justificar las creencias propias a todos, "es necesario compartir, quiénes somos nosotros y quienes pueden ser tan diferente de nosotros que no es posible que los consideremos como nosotros (...) no existen los otros frente a los que no estemos obligados a justificarnos"<sup>68</sup>, con ello, el **diálogo entre las culturas** se conducirá por un camino de cooperación, "en el que la interpretación del otro no sponga reconstruir sus contenidos mentales en los nuestros, sino más bien es la actividad creativa de construir un territorio compartido: una comunidad de creencias, deseos, significados, valores, y objetivos de la realidad"<sup>69</sup>.

Habiendo establecido las bases epistémicas del diálogo entre las culturas, lo que queda pendiente es analizar la problemática del **derecho al desarrollo de los pueblos indígenas** en el contexto de **diálogo entre culturas**, que tiene como instrumento de concretización la consulta previa, el cual se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Cabe tener en cuenta que el derecho al desarrollo<sup>70</sup> de los pueblos indígenas se encuentra reconocido de manera explícita en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes. Por el cual, "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger [sus derechos] y a garantizar el respeto de su integridad"



(art. 2.1).

Esta responsabilidad incluye, todas las medidas posibles de modo que se garantice la promoción de "la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones" (art. 2.2.b).

Es por ello que el artículo 4.1 del citado instrumento establece como obligación de los Estados, adoptar "las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados".

El reconocimiento del derecho al **desarrollo de los pueblos indígenas** abarca la protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectivos como individualmente (art. 5.a).

En ese marco, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece, para el desarrollo de los pueblos indígenas, dos mecanismos, **la consulta y la participación**, que tiene como presupuesto **el diálogo entre las culturas**, que tiene como elemento distintivo la cooperación.

Esta interpretación del desarrollo busca evitar o, en todo caso, disminuir la conflictividad social, dotando de mayor relevancia al derecho al desarrollo de los pueblos indígenas en clave intercultural antes que al solo reconocimiento sobre su existencia.

Esta perspectiva se consolida con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007<sup>71</sup>, que reconoce la igualdad de derechos de los pueblos y los individuos indígenas respecto a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas (art. 2).

Asimismo, reconoce el derecho al **desarrollo de los pueblos indígenas**, partiendo del respeto a la pertenencia a una comunidad o nación indígena, "de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate" (art. 9). A practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales [y] a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas (art. 11).

Pero no solo ello, sino a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34).

Esto último es relevante en el contexto de la interculturalidad porque el reconocimiento del derecho al **desarrollo de los pueblos indígenas**, no supone asumir una postura relativista, en la que se pretenda justificar actos que moralmente son inaceptables para la humanidad (lesión de derechos fundamentales) por la sola referencia al reconocimiento del derecho a la identidad cultural, sino que a través de un proceso de **diálogo intercultural** se busque afirmar los derechos fundamentales reconocidos universalmente.

En ese marco, "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones", como cualquier otro pueblo o colectivo humano, y a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultura (artículo 3), o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (numeral 1 del artículo 32), a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. "En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones" (artículo 24).

En efecto, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, existe una obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (numeral 2 del artículo 32).

Como se advierte, conseguir el consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a las culturas indígenas, supone reconocer el derecho de dichos pueblos al **desarrollo** en un contexto de diálogo intercultural, para lo cual se ha diseñado el procedimiento de **consulta previa**, el cual constituye un derecho fundamental «instrumental», en tanto su ejercicio permitirá el disfrute de otros derechos, entre los que se encuentra el «derecho al desarrollo».<sup>72</sup> Lo que supone entender que el Estado no puede dejar de garantizar el derecho a la consulta previa, ni sustituir su contenido que se encuentra desarrollado en la Ley<sup>73</sup> y el Reglamento de la Consulta Previa<sup>74</sup>, por la sola "coordinación" con los pueblos indígenas.

En nuestro ordenamiento constitucional se ha previsto el **diálogo intercultural** para conseguir la integración de la nación y su **desarrollo**, tal como se advierten de los artículos 69<sup>75</sup> y 88<sup>76</sup>. Así el artículo 17 de nuestra constitución establece que "El Estado (...) fomenta la educación bilingüe e **intercultural**,

según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional. (El resaltado es nuestro), reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (numeral 19 del literal d) del artículo 2).

Finalmente es menester tener en cuenta que el artículo 6 del Convenio 169 establece que debe consultarse toda medida que los afecte en forma directa, tanto negativa como positivamente. De este modo, la construcción de infraestructura para garantizar derechos económicos, sociales y culturales a favor de los pueblos indígenas debería consultarse.

En el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha doce de agosto de dos mil ocho. Serie C N° 185, párrafo 16, resuelto por la Corte IDH<sup>77</sup>, ha establecido que la provisión de servicios de salud, educación y de servicios públicos, debe darse siempre en consulta con los pueblos indígenas afectados.

### 3. Inconstitucionalidad de las normas sujetas a control

De acuerdo al marco conceptual y normativo desarrollado, a continuación se procederá a analizar la inconstitucionalidad de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, y la Directiva N° 0012016-VMI/MC.

"Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos

La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento."

La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que el derecho a la consulta,

"Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten jurídicamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado." (Artículo 2)

El derecho a la consulta como se ha referido precedentemente es un derecho instrumental que busca efectivizar otros derechos (identidad, educación, salud, desarrollo, etc.), con la particular finalidad, por tratarse de colectivos indígenas u originarios, de "alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (Artículo 3).

En ese sentido, cuando la norma establece el carácter **previo** de la consulta, lo que pretende es que los pueblos indígenas participen en su propio desarrollo, y si bien existe una obligación estatal de proveer servicios públicos a todos los ciudadanos, dada las características particulares de estos colectivos humanos, se constribe al Estado a que en forma previa al llevar a cabo las medidas de injerencia en estos pueblos, dialogue con dichas poblaciones, de modo que se garantice su participación y cooperación. Para ello, se ha establecido un procedimiento, que conlleva a cumplir el principio de buena fe y diálogo intercultural.

Ahora bien, la norma cuya inconstitucionalidad se denuncia constituye una norma de exclusión a dicho marco procedimental en tanto considera algunos aspectos que no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento, como son: la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos, bastando para dichos supuestos la sola "coordinación".

El término "coordinación" no ha tenido un desarrollo conceptual en el Reglamento, no obstante, en la Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC, que aprueba la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, denominada "Procedimientos para la aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo", se le otorga un contenido de "Plan Informativo", referido a poner en conocimiento de los pueblos indígenas u originarios ubicados en el ámbito de la medida, de las actividades a realizar durante la ejecución del proyecto aprobado por la medida administrativa, conforme se advierte del acápite 6.2 y 6.3 de la referida directiva.

En ese orden de ideas, resulta más que evidente que la norma cuya constitucionalidad se analiza, transgrede el derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sobre su desarrollo y a participar en la decisión del Estado respecto al devenir de su comunidad.

Además, esta disposición reglamentaria constituye un quebrantamiento al principio del diálogo de buena fe, que se fundamenta en que el Estado debe de coadyuvar a que se dé cumplimiento al derecho a la consulta previa previo a la injerencia del Estado en el ámbito de los pueblos indígenas.

En relación al argumento de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional referida a que las normas cuya inconstitucionalidad se denuncia si son constitucionales porque el artículo 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar acciones que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población y promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones (literal b) del mismo cuerpo legal).

Al respecto es preciso señalar que si bien el gobierno se encuentra obligado a garantizar el goce de los derechos y oportunidades de los pueblos indígenas, también es cierto que las medidas estatales deben de llevarse a cabo con la **participación de los pueblos indígenas**, tal como lo establece textualmente el artículo 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y ello precisamente porque la injerencia del Estado a través de medidas administrativas en la población indígena sin participación de estos podría afectar su integridad, y el derecho que tienen al desarrollo sin alterar su identidad cultural.

El siguiente argumento de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, se encuentra referido a que corresponde efectuar la Consulta Previa cuando se traten de medidas legislativas o administrativas que **afecten** directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo o de planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que **afecten** directamente estos derechos. En ese sentido, en consideración de la demandada, cuando no se afectan derechos de los pueblos indígenas, no existe la obligación de realizar una consulta previa.

En ese marco de interpretación, ha señalado que la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, sería constitucional porque "la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos" se encuentran orientadas a beneficiarlos, razón por la que no altera ni perjudica a los pueblos indígenas, razón que justifica que no sea necesaria la consulta previa.

Al respecto, debe precisarse que tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N° 29785, consideran la obligación estatal de realizar consulta previa cuando una medida legislativa o administrativa **afecten directamente** a los pueblos indígenas, sin establecer distinción sobre la posibilidad de que dichas acciones beneficien o perjudiquen a los pueblos indígenas.

El Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ha definido que se presenta una "**Afectación Directa**" cuando una medida legislativa o administrativa contiene aspectos que **pueden producir cambios** en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

En ese sentido, la afectación directa no se encuentra relacionada a si la medida estatal beneficia o no a los pueblos indígenas, sino con la **solá posibilidad** de que se produzca un cambio en la situación jurídica o derechos colectivos.

Y ello es así ya que, tal como sostiene Bregalio, Ocampo y Olivera "las actividades de construcción de infraestructura pueden parecer neutrales, pero es posible que generen impactos que podrían afectar a los pueblos indígenas, y, por ende, podrían justificar la consulta previa, libre e informada"<sup>78</sup>

Dichos autores en el texto, "La consulta previa e informada. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Instituto de democracia y derechos humanos" han reproducido un caso narrado por Myrna Cunningham<sup>79</sup>, ocurrido en Nicaragua, en el que el Estado quería construir letrinas sobre territorio indígena miskito. Señalan los autores que "esta medida, aparentemente neutral, debería consultarse a los pueblos indígenas puesto que las letrinas podrían traer enfermedades que tendrían impactos positivos y negativos sobre ellos y si bien las letrinas podrían ayudar a los miembros del pueblo miskito a mejorar sus condiciones de vivienda y de salud, para los miskitos las letrinas eran espacios donde se encontraban los malos espíritus, y su colocación en territorio miskito resultaba perjudicial."

Por tal razón no resulta amparable el argumento de la demandada respecto a que "la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos" no tiene como condición la consulta previa a los pueblos indígenas porque dichas medidas se encuentran orientadas a beneficiarlos, ya que dichas acciones pueden, sin deseárselo, producir cambios que las culturas indígenas no están dispuestas a aceptar.

La siguiente razón por la que las normas bajo análisis son inconstitucionales reside en que la aplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, en los casos que han sido presentados por los demandantes, como el Proyecto de "Línea de

Transmisión 220kv Moyobamba - Iquitos y Subestación Asociadas que corre a fojas doscientos noventa y ocho a treientos cuatro, en el que la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Minem negó la consulta previa solicitada, lo que derivó en que la Defensoría del Pueblo recomiende la realización de la medida administrativa de concesión definitiva vinculada a la aprobación del mencionado proyecto. Similar situación se presentó en el caso de la construcción de la Hidrovía Amazónica, en el cual, ante la negativa de realizar la consulta previa amparado en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, los pueblos indígenas recurrieron al Poder Judicial que obligó al Estado a realizar dicha consulta.

Por estas consideraciones: **MI VOTO** es porque **SE REVOQUE** la sentencia apelada contenida en la resolución número veintidós de fecha uno de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas trescientos ochenta y dos, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda de acción popular instaurada con fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis y **REFORMANDOLA** se declare **FUNDADA** la misma; en consecuencia **SE DISPONE la expulsión del ordenamiento jurídico** y se declare la **NULIDAD con efecto retroactivo**, de las siguientes disposiciones infrallegales:

1. Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado en el diario oficial El Peruano, el tres de abril de dos mil doce.

2. Resolución Viceministerial N° 013-20016VMI-MC de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

Las normas citadas dejan de producir efecto a partir del día siguiente de sus publicaciones en el diario oficial El Peruano.

3. La presente sentencia vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación; en los seguidos por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana – Aidesep contra el Ministerio de Cultura y otros, sobre acción popular. **SE ORDENA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, conforme a ley; y se **devuelva. Juez Supremo: Arias Lazarte.**

S.S.

ARIAS LAZARTE

<sup>1</sup> En adelante Corte IDH.

<sup>2</sup> Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, Publicada el 23 de octubre de 2010.

<sup>3</sup> 4.- Pertenencia a comunidades indígenas. Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia (...). Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso (...).

<sup>4</sup> "..., la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs Brasil, 05/02/2018, fund. 131. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. 03/11/1997, fund. 82. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, párr. 228.

<sup>5</sup> "Además, en lo que respecta a pueblos indígenas y tribales, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres". Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 63, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, op. citada, párr. 228. Caso Pueblo Indígena Xucuru, op. citada, fund. 131.

<sup>6</sup> "Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción". Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural". Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 63.

<sup>7</sup> De fecha 23 de Mayo de 2013.

<sup>8</sup> En adelante C.P.Const.

<sup>9</sup> Conforme a los artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional.

<sup>10</sup> VIGO, Rodolfo Luis, De la Ley al Derecho, Editorial Porrúa, 2da. Edición, México, 2005, página 15.

- 11 PRIETO SANCHÍS, Luis, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, En: Anuario de Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, 2001, página 204.
- 12 FERRAJOLI, Luigi, El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleojuspositivismo y Neojusnaturalismo, En: Revista Doxa, página 318. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32778/doxa\\_34\\_19.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32778/doxa_34_19.pdf)
- 13 Señala Ariel Dulitzky "El acto de Perú de reconocer incondicionalmente la jurisdicción de la Corte fue un acto libre, soberano e individual de sujeta su conducta a la supervisión del Tribunal Interamericano (...)". En: El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú Análisis Jurídico. [revistas.pucp.edu.pe/temasconstitucional/article/download](http://revistas.pucp.edu.pe/temasconstitucional/article/download)
- 14 Artículos 2.1.b, 26 y 27 de la Convención de Viena.
- 15 La CIDH en el caso Gudiel Álvarez vs Guatemala de 20 de noviembre de 2012, precisó que la vinculación no es solo a la CADH, sino a los tratados sobre derechos humanos del que el Estado es parte; en igual forma en el caso Masacres de Río Negro vs Guatemala de 14 de octubre de 2012, párrafo 262.
- 16 Sustenta el Dr. Eloy Espinoza Saldaña, que en la evolución del control de convencionalidad se hace patente en aspectos importantes, que órganos deben ejercer el control de convencionalidad, que "en principio, y de oficio, la labor de control de convencionalidad estaba confiada, dentro de cada Estado, a sus jueces (zas)". "Incidencia de la Jurisprudencia de Tribunales Supranacionales, como la Corte Interamericana, en el ordenamiento jurídico Peruano", Texto de la Conferencia presentada en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 25/03/2015, Convencionalización, Parte I a III, página 440.
- 17 Sentencia de la CIDH caso Boyce vs Barbados, 20 de noviembre de 2007.
- 18 Opinión Consultiva OC 21/14 Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional. OC 2/82 de 24 de setiembre de 1982.
- 19 En la sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, manifestó la CIDH que:  
"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana".
- 20 Los estudios antropológicos y sociológicos señalan que la identidad surge por diferenciación y como reafirmación frente al otro, es un concepto que no está fijo, "se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior"; la identidad cultural de un pueblo se define históricamente a través de muchos aspectos en los que se plasma su cultura, entre ellos, la lengua, relaciones sociales, ritos, ceremonias propias, compartimientos colectivos, sistemas de valores y creencias, con un carácter inmaterial y anónimo. MOLANO L. Olga Lucía, Identidad Cultural un Concepto que Evolucionó, En: Revista Opera, número 7, mayo 2017, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pág. 73.
- 21 Kuper Adam, Cultura. La versión de los antropólogos. Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, Traducción de Albert Roca, 2001, página 271.
- 22 El Comité Jurídico Interamericano de la OEA, señala que el derecho a la identidad está indisolublemente ligado al individuo y al reconocimiento de su personalidad jurídica, titularidad de derechos y obligaciones, así desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XVII se prevé que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones; igualmente en el artículo 6 de la D.U.D.H., artículo 3 de la C.A.D.H., y artículo 16 del P.I.D.C.P.
- 23 Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el derecho de toda persona de tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad.
- 24 Segunda Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_spa), página 9.
- 25 Del Val, José (2000). Entender y comprender al otro. En: Diversidad cultural y tolerancia. México: Gobierno de la Ciudad de México, Delegación Coyoacán. [http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura\\_politica/jose\\_delval\\_20070606.html](http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/cultura_politica/jose_delval_20070606.html)
- 26 Adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, ciencia y la Cultura el 20 de octubre del año 2005 en la 33 Reunión.
- 27 <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/programmes/global-alliance-for-cultural-diversity/resource-centre/tools/glossary/>
- 28 Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución N° 47/135, 1992.
- 29 Sentencia del caso del Pueblo Indígena Kichwa vs Ecuador de 27 de junio de 2012, fundamento 212.
- 30 El derecho de consulta reconocido en el inciso 1.a y 2 del, tiene como titulares a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad, (...); y a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones ancestrales de la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado, que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.
- 31 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;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
- 32 Vinculante para el Perú, fue aprobado por la Asamblea General del 13 de setiembre del 2007 y guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta.
- 33 RAMÍREZ, Silvina, "Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", En, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, GARGARELLA, Roberto (Coordinador), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Página 919.
- 34 Fundamento 134 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam de fecha 28 de noviembre del 2007.
- 35 Como se tiene desarrollado en la Sentencia de Acción Popular N° 2232-2012-Lima, fecha 23 de mayo de 2013, Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.
- 36 Convención Americana de Derechos Humanos.
- 37 Sentencia Corte IDH, Caso Yatama vs Nicaragua, 2005, párrafo 225; CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, Diciembre 2009.
- 38 ONU, Consejo DHONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. Doc. ONU, A/66/288, 10/08/ 2011, párrafo 79.
- 39 En Derecho Iberoamericano, los estándares internacionales son fijados por la Corte IDH, la Comisión IDH de OEA, los Comités del Alto Comisionado de N.U., dirigidos a la efectiva protección de los derechos fundamentales en los Estados que han suscrito y ratificado los tratados y pactos de Derechos Humanos.
- 40 De acuerdo artículo 6.1 a del Convenio 169 OIT, artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sentencia Corte IDH, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras, 2015, fundamentos 170, 171.
- 41 Comisión IDH, Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Doc.OEA/Ser.LV/II. Doc. 56 30 de diciembre de 2009, fundamento 286.
- 42 Comisión IDH, Informe N° 75/02, Caso Mary y Carrie Dann vs Estados Unidos, Caso 11.140. de 27 de diciembre de 2002, fundamento 140.
- 43 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/Ser.LV/II Doc 56, 30 de diciembre de 2002, fundamento 140.
- 44 Sentencia Corte IDH, caso Saramaka vs Surinam, Interpretación de sentencia de EPFRC, 2008.
- 45
- 46 Núñez Donald, Constanza. La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural, En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35521.pdf>, página 203.
- 47 Sentencia de la Corte IDH, Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. 28 de nov. 2007 "Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado". Fundamento 133.
- 48 Sentencia de la Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 27 Junio 2012. Al respecto, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio N° 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso. Cuando se trate de consulta previa a 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. Fundamento 181.
- 49 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia.



- Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe. Fundamento 186.
- 50 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. [...] Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que "los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas", así como tomar "medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces", teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. Fundamento 201.
- 51 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería "tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas". Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. Fundamento 202.
- 52 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implique una comunicación constante entre las partes. Fundamento 208.
- 53 Sentencia de la Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. 28 Nov. 2007: "... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis. Fundamento 134. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que "[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia". Fundamento 135. ONU.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009 47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. [...] En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente).
- 54 Sentencia A.P.N° 2232-2012, fundamento 6.11.
- 55 CASTILLO CORDOVA, Luis, Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 217.
- 56 Sentencia A.P.N° 2232-2012, fundamento 10.4.
- 57 El subrayado es nuestro.
- 58 Corte IDH Sentencia Ordenes de Guerra vs Chile: "(...), toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado", Fund. 103. Sentencia Caso Muelle Flores vs Perú, 06/03/2019 221: "La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior". fund. 221. Opinión Consultiva, OC-17/2, 28/08/2002, Serie A N° 17.
- 59 [http://www.andes.missouri.edu/andes/Comentario/RMR\\_CulturaYPoder.html](http://www.andes.missouri.edu/andes/Comentario/RMR_CulturaYPoder.html). Visto el 3 de enero de 2020.
- 60 En su tratado "sobre la certeza", Wittgenstein describe la diferencia entre la certeza y las creencias, a partir de la siguiente metáfora, "las certezas son como el lecho firme de un río cuya inmovilidad contrasta con el torrente del agua, misma que fluye al igual que el conocimiento, los pensamientos, las dudas, las hipótesis, las creencias, entre otras, y que finalmente, la lógica sería como la roca al margen del río, roca que no está sometida a ninguna alteración". (King Dávalos, Patricia. El estatus de la noción de certeza en Wittgenstein. Praxi. Revista de Filosofía N° 70. Enero-junio de 2013. Página 42).
- 61 King Dávalos, Patricia. El estatus de la noción de certeza en Wittgenstein. Praxi. Revista de Filosofía N° 70. Enero-junio de 2013. Página 42.
- 62 Ortiz de Zevallos Claudia Vargas. La identidad cultural como contenido transversal en el diseño de los proyectos de aprendizaje de instituciones educativas de la UGEL 06 de lima. PUCP 2015. Página 23.
- 63 Wilde, Guillermo. La problemática de la identidad en el cruce de perspectivas entre antropología e historia. Reflexiones desde el campo de la etnohistoria. Ciudad Virtual de Antropología y Arqueología es un emprendimiento del Equipo Naya. Última modificación de esta página 27/7/09
- 64 Farfán Moreno. William. El etnocentrismo de Richard Rorty. Influencia en the law of peoples de John Rawls. Mjistro 2009, Vol. 1 N° 5 Página 106.
- 65 Quintanilla, Pablo. Verdad y justificación: Los límites del etnocentrismo. Analítica, Año 4, N° 4 Lima, 2010; página 30.
- 66 Ibid. Página 30.
- 67 Idem. Página 31.
- 68 Ibid. P. 35.
- 69 Quintanilla, Pablo. Comprender al otro es crear un espacio compartido. Caridad, empatía y triangulación. Ideas y Valores N° 125. Agosto 9 de 2005. Bogotá Colombia. Página 95.
- 70 En el Convenio 169 OIT existen 34 referencias al derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, tal como se aprecia de las siguientes citas:  
\* "El Convenio también garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo"  
\* "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"  
\* Artículo 6 literal c) "establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin"  
\* Artículo 7 1. "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...)2. (...) "deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan". Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. (...) 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.  
\* Artículo 23 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos.
- 71 Cabe tener en cuenta que conforme al artículo 43 de la Declaración, los derechos reconocidos en ella constituyen normas mínimas que todo Estado se encuentra obligado a cumplir.
- 72 Bregalio, Renata y otros. La consulta previa e informada. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Instituto de democracia y derechos humanos. PUCP. Página 61 y 62.
- 73 Título III Etapas del proceso de consulta previa. Artículo 8 en adelante.
- 74 Título III Del proceso de consulta, artículo 14° en adelante.
- 75 El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.
- 76 El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.
- 77 Interpretación que tiene carácter atrapante para nuestro país ya que proviene de las obligaciones convencionales que ha suscrito, en tanto, corresponde al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los países.
- 78 Página 125.
- 79 Ponencia que pronunció Myrna Cunningham en el seminario internacional «Construyendo consensos en camino a la implementación del derecho a la consulta en el Perú», que realizaron el Ministerio de Cultura, la OIT, IDEA internacional y las Naciones Unidas, con el apoyo de la Fundación Ford y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, el 8 de febrero de 2012, en la ciudad de Lima.