

**Informe sobre implementación del derecho a la consulta
previa para medidas legislativas formuladas por el Congreso
de la República, que deben ser consultadas en el marco de
la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los
Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio
169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT**

Consultoría elaborada por el Centro de Análisis y Resolución de
Conflictos, Pontificia Universidad Católica del Perú

Abril 2013

CONTENIDO

Presentación	3
I. Resumen Ejecutivo	4
I.1 Objetivo del Informe	4
I.2 Metodología	4
I.3 Resultados	4
I.4 Conclusiones y recomendaciones	6
II. Informe de Inventario y Análisis	9
II.1 Descripción de las competencias del Congreso de la República	9
II.2 Identificación del proceso de aprobación de leyes en cada una de esas etapas y la identificación de la normatividad que rige su actuación	10
II.3 Análisis, descripción y propuesta de inclusión del proceso de consulta previa en el procedimiento parlamentario de aprobación de leyes	19
II.4 Identificación de los dictámenes y leyes aprobadas en lo que va del Período Parlamentario 2011-2016, que podrían ser susceptibles de ser consultadas o debieron ser consultadas, así como la identificación de aquellos dictámenes que no deberían ser sometidos a consulta previa	40
II.5 Propuesta sobre las acciones normativas y organizativas que deberá adoptar el Congreso de la República a efectos de garantizar la implementación de los procedimientos de consulta previa	51
II.6 Flujograma que describa la implementación de la Ley 29785 en un procedimiento de consulta de una ley, que fuera promovida por el Congreso de la República	59
II.7 Estudio de caso	59
III. Conclusiones y recomendaciones	63
III.1 Conclusiones	63
III.2 Recomendaciones	64
IV. Anexos	66
Anexo I: Tabla de Abreviaturas	66
Anexo II: Lista de entrevistados	66
Anexo III: Leyes y Resoluciones Legislativas promulgadas y Dictámenes aprobados durante el período parlamentario 2011 - 2013	66
V. Bibliografía	67

Presentación

La Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, está ejecutando el proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa” cuya contraparte es la Defensoría del Pueblo del Perú. Un eje de este proyecto está orientado a que la Defensoría del Pueblo cuente con toda la información relevante y actualizada que requiere para la ejecución de sus tareas con respecto a la supervisión de la implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas.

La actividad principal de este componente es que la Defensoría del Pueblo pueda contar con una serie de informes que muestren el mapeo, inventario, sistematización y análisis de información relativos a las medidas administrativas y legislativas de los diferentes sectores del Ejecutivo, Congreso de la República y Gobiernos Regionales, a fin de supervisar y garantizar el respeto del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Para ello se determinó la realización de 11 estudios de inventario y análisis de medidas administrativas y legislativas que deben ser consultadas en el marco de la Ley N°29785. Para el logro de este objetivo, la Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, solicitó la colaboración del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), para que realice una convocatoria pública para seleccionar equipos de consultores para la elaboración de diez informes sobre la identificación de medidas administrativas que deben ser consultadas en el marco de la Ley antes referida, en los siguientes sectores:

- Ministerio de Energía y Minas, subsector energía, y la empresa PerúPetro S.A.
- Ministerio de Energía y Minas, subsector minería, y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Ministerio de Agricultura, subsectores agrario, forestal y fauna silvestre
- Ministerio del Ambiente y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas

- Autoridad Nacional del Agua
- Ministerio de Salud
- Ministerio de Educación
- Ministerio de Cultura
- Gobiernos Regionales de Cusco, Loreto y San Martín

Y un informe para la identificación de medidas legislativas formuladas por el Congreso de la República que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785.

Se debe precisar que los estudios no son ni recogen ninguna postura defensorial, no son documentos defensoriales, sino solo un insumo que la Defensoría del Pueblo podrá considerar para su trabajo de supervisión para la implementación del proceso de derecho a la consulta previa.

Asimismo, debido a que los resultados de los estudios aportan al debate una metodología para identificar las medidas administrativas y legislativas susceptibles de ser consultadas y brindar criterios para identificar lo que es una afectación directa, creemos que son insumos importantes, asimismo, para otros actores como son las autoridades de los diferentes ministerios y oficinas descentralizadas, gobiernos regionales, organizaciones indígenas, cooperación técnica internacional y sociedad civil en general.

El CIES agradece a la GIZ por su confianza y apoyo al equipo de profesionales por su dedicación y esfuerzo para el desarrollo de estos estudios. Se complace en compartir estos resultados que servirán para promover consensos, aportar al diseño de programas y a un debate más profundo sobre los aspectos técnicos para una adecuada implementación de la consulta previa en el Perú.

Lima, octubre de 2013

Javier Portocarrero Maisch
Director Ejecutivo CIES

Xavier Gordillo Carrillo
Director Adjunto CIES

I. Resumen Ejecutivo

I.1 Objetivo del Informe

El presente Informe tiene como objetivo dotar a la Defensoría del Pueblo y a su Programa de Pueblos Indígenas de un mapeo, inventario, sistematización y análisis de información relativo a las medidas legislativas promovidas por el Congreso de la República que debieron ser consultadas desde el 27 de julio de 2011, o deben ser consultadas en adelante, en cumplimiento del Convenio OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, la Constitución Política del Perú, y la Ley N° 29785 "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT".

Así también se plantean propuestas sobre las acciones normativas y organizativas que deberá adoptar el Congreso de la República a efectos de garantizar la implementación del procedimiento de consulta previa durante el procedimiento parlamentario.

I.2 Metodología

I.2.1 Elaboración del Inventario

Para el presente Informe se ha desarrollado un trabajo de revisión, análisis y sistematización de la data estadística de normas legislativas y dictámenes del Congreso de la República publicadas en su Portal Web, en el cual se pudo encontrar todos los dictámenes y leyes aprobadas desde el inicio del presente periodo parlamentario a diciembre del 2012.

La identificación de las medidas legislativas, que debieron y deben ser objeto del procedimiento de consulta previa, han sido sistematizadas en un Inventario Final, a partir de una metodología de identificación del tipo de norma, de análisis del criterio de afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y de la aplicación casuística del referido criterio a cada medida legislativa o dictamen.

Luego del análisis de las medidas legislativas en base a la referida metodología se considera qué medida legislativa debería ser objeto de consulta previa.

La metodología propuesta así como la implementación del procedimiento de consulta previa de las medidas legislativas se desprenden de la revisión y análisis de legislación y jurisprudencia nacional y comparada.

I.2.2 Elaboración de la propuesta de inclusión de la consulta previa en el procedimiento parlamentario

Para la propuesta de implementación de la consulta previa en el procedimiento parlamentario, hemos realizado un análisis de la normativa vigente que rige el funcionamiento del Congreso de la República, así como un análisis de legislación comparada en materia de implementación de la consulta previa en los procedimientos parlamentarios de los países de Bolivia, Ecuador y Colombia.

Asimismo, hemos tomado en consideración los Informes emitidos por los integrantes de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología tanto del Período Parlamentario 2006-2011 como del presente Período, los proyectos de leyes presentados en dichos periodos, así como de lo recogido de las entrevistas realizadas a distintos funcionarios públicos, académicos y miembros del sector civil vinculados con la temática de los pueblos indígenas (Anexo N° 2).

I.3 Resultados

El Inventario Final de los dictámenes aprobados y las leyes y resoluciones legislativas que debieron, y deben ser objeto de consulta, se realizó en base a 197 dictámenes aprobados y 175 leyes promulgadas y publicadas en el Diario Oficial El Peruano, durante

el Periodo Legislativo 2011-2012 y 2012-2013. De este total, y aplicando la metodología antes señalada no se identificó ningún dictamen que debería ser objeto de consulta previa. Cabe señalar que los dictámenes revisados comprendían diversas materias y alcances tal como se puede observar en el Anexo 3. Así, se pueden verificar modificatorias de diversas leyes, entre ellas algunos códigos normativos, normas generales y especiales; dictámenes aprobando leyes declarativas, leyes que crean instituciones públicas, y resoluciones legislativas ratificando tratados de diversa índole, autorizando ingreso de militares extranjeros, aprobado pensiones de gracia o nombramientos, etc. Asimismo, algunos hacían referencia en su texto a pueblos indígenas sin embargo, del análisis de los mismos no se pudo advertir alguno que afecte de manera directa los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Por el contrario se identificó tres leyes que debieron ser objeto de consulta previa:

- 1) Ley N° 29785 - Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígena u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Publicada el 07/09/2011
- 2) Ley N° 29824 –Ley de Justicia de Paz, publicada el 03/01/2012
- 3) Ley N° 29908 - Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles para la ejecución de la obra de gran envergadura del aeropuerto internacional de Chinchero – Cusco, publicada el 23/08/2012

Se revisó y analizó el procedimiento legislativo, identificándose etapas o momentos en los cuales podría implementarse la consulta previa; así como las acciones que deberían llevarse a cabo para fortalecer la institucionalidad del Congreso de la República, a efectos de generar un marco más adecuado para dicha implementación.

A partir de esta identificación de las etapas o momentos en los cuales se debería implementar la consulta previa en el procedimiento legislativo, se propone de

manera complementaria fortalecer los mecanismos de participación ciudadana durante la fase de estudio del proyecto de ley en las comisiones dictaminadoras; fortalecer a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, como Comisión Especializada en temas de pueblos indígenas u originarios, de tal manera que sea la encargada de llevar a cabo la consulta previa; así como otorgarle al Consejo Directivo del Congreso de la República facultades de negociación para llegar a acuerdos con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y originarios, y que dichos acuerdos sean respetados en el Pleno del Congreso de la República.

Así, dentro de las acciones propuestas, se plantea que al presentarse la iniciativa legal, el proponente deberá precisar si dicha iniciativa es plausible de afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, la Vicepresidencia del Congreso de la República al designar las Comisiones que analizaran el proyecto de ley presentado, deberá precisar, de ser el caso, si dicho proyecto es plausible de afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, y de ser éste el supuesto, la Primera Comisión dictaminadora será la de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Cuando el Proyecto se encuentre en la o las respectivas Comisiones Dictaminadoras, si del estudio del mismo se determina que debe realizarse consulta previa, la Oficialía Mayor, a través de las dependencias correspondientes, apoyará su realización.

Por otro lado, se identificó que el principal obstáculo para la implementación de la consulta previa en el Congreso, es lograr que el acuerdo que se alcance con los representantes de los pueblos indígenas sea de obligatorio cumplimiento para todos los congresistas de la República, pues éstos gozan de la prerrogativa de la no sujeción a mandato imperativo consagrado en el artículo 93° de la Constitución Política del Perú.

Proponemos que la consulta previa se lleve a cabo una vez aprobado el dictamen del proyecto de ley respectivo, y corresponderá al Consejo Directivo, con el soporte técnico de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente, y la Oficialía Mayor, dialogar y llevar a cabo la consulta previa con los pueblos indígenas bajo los principios

reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785 (oportunidad, buena fe, interculturalidad, flexibilidad, información oportuna y ausencia de coacción o condicionamiento); y tras llegar al acuerdo, vía texto sustitutorio, éste pasará al Pleno del Congreso para su debate y aprobación.

I.4 Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

- El Congreso de la República, dentro de su función legislativa, emite leyes y resoluciones legislativas. Esto a través de un procedimiento legislativo que se encuentra regulado desde la iniciativa legislativa hasta su publicación como ley o resolución legislativa en el Diario Oficial El Peruano.
- El procedimiento legislativo es complejo y si bien está regulado y se basa en un aspecto técnico, sin embargo tiene un alto componente político, lo cual significa que muchas veces las consideraciones técnicas queden a discrecionalidad de los congresistas de la República.
- El Reglamento del Congreso no establece mecanismos de participación ciudadana durante el procedimiento legislativo, sin embargo, existen directivas del Congreso que han recogido la práctica o costumbre parlamentaria, estableciendo diversos mecanismos de participación ciudadana durante la etapa de estudio en comisiones del Proyecto, por ejemplo: foros legislativos, audiencias públicas, talleres, etc.; a cargo de la Oficina de Participación Ciudadana. Sin embargo la puesta en práctica de estos mecanismos, tal como se realizan actualmente, no garantiza que los aportes que se reciban sean efectivamente considerados por las comisiones.
- El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, el cual por mandato del artículo 55° de la Constitución Política del Estado, forma parte del derecho nacional y constituye una obligación del Estado su efectiva implementación.

Adicionalmente, el derecho a la consulta previa constituye una expresión del derecho constitucional de participación ciudadana reconocido por el artículo 31° de la Constitución Política del Estado; y su implementación deberá ser observada por el Estado siempre que las medidas administrativas y/o legislativas puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, conforme a lo señalado por el Convenio 169 de la OIT.

- El Tribunal Constitucional ha definido criterios que deben ser tomados en cuenta para determinar si una medida legislativa debe ser consultada. El más importante de ellos, para el análisis de medidas legislativas, es el de la afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En base al criterio de afectación directa es que debe analizarse si una medida legislativa afecta o no derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- Sin embargo, hay medidas legislativas que no son materia de consulta, como las que versan sobre materia tributaria, presupuestal y seguridad nacional, tampoco las que determinen la demarcación territorial ya que estas últimas pasan por un proceso previo de consulta poblacional o vecinal y de aprobación de las poblaciones involucradas.
- Respecto de las normas declarativas se debe revisar caso por caso ya que las mismas, si bien en sí mismas no contienen una consecuencia normativa, si podrían contener en alguna parte del texto normativo alguna disposición que afecte derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el caso de los tratados y de las leyes autoritativas, casos especiales del procedimiento legislativo, es la implementación de estos procedimientos por el Poder Ejecutivo la que podría afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el caso de leyes autoritativas, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC –Reglamento de la Ley 29875- ha establecido que los decretos legislativos dictados al amparo de la ley autoritativa y que podrían afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas deben pasar por consulta

previa a cargo del Poder Ejecutivo¹. Sin embargo, si bien estas normas no establecen la misma disposición para el caso de los Tratados Ejecutivos², consideramos que también corresponde que los mismos sean objeto de consulta previa durante su etapa de negociación, y que esta se encuentre a cargo del Poder Ejecutivo.

- La implementación de la consulta previa en el Congreso supone una modificación del Reglamento del Congreso, y de una reforma constitucional. En este sentido, se plantea modificar dentro de la etapa de la iniciativa legislativa, el primer párrafo del artículo 75° y el artículo 77° del Reglamento del Congreso, estableciendo que los proyectos de ley presenten una evaluación de su potencial afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, así como la identificación de dichos pueblos nativos u originarios, estableciéndose que en estos casos, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente sea la primera comisión dictaminadora.

Así también se plantea la modificación del primer párrafo del artículo 70° y el primer párrafo del artículo 77° del Reglamento del Congreso, en el sentido que, derivado el proyecto de ley a las comisiones para su estudio, se den obligatorios y efectivos mecanismos de participación ciudadana, que garanticen un primer conocimiento y opinión de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general sobre el referido proyecto.

Una vez que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y en su caso, la otra comisión dictaminadora, apliquen los mecanismos de participación ciudadana, en el plazo máximo de sesenta días útiles,

se deberá promover un dictamen conjunto y consensuado, o un texto sustitutorio, en un plazo de quince días, el cual será objeto de consulta previa. Para esto se propone agregar el artículo 77° A al Reglamento del Congreso, incorporando el procedimiento de consulta previa del Dictamen Conjunto Aprobado o el texto sustitutorio, según corresponda.

Durante el procedimiento de consulta previa, el Consejo Directivo se constituye como la dependencia representativa del Congreso de la República en el proceso de diálogo intercultural con los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas. Para esto se propone modificar el artículo 30° del Reglamento del Congreso, incorporando un literal N, que establezca como funciones y atribuciones del Consejo Directivo representar al Congreso de la República en el procedimiento de consulta previa, así como adoptar acuerdos con los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas.

Recomendaciones:

- Es necesario implementar la consulta previa para los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República. Encargando para ello a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología la responsabilidad de llevar a cabo la consulta y apoyar la labor del Consejo Directivo como entidad representativa del Congreso de la República para el diálogo con los representantes de los pueblos indígenas. De esta forma se podría lograr que el acuerdo que se alcance – en caso se logre el mismo – pueda ser respetado por los congresistas de todas las bancadas.

1 Art. 2.1.

El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú. (...).

2 Art. 57 Constitución Política del Perú.

El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

- Complementariamente se debe fortalecer el nivel de participación ciudadana en el procedimiento legislativo, especialmente en la etapa de estudio del proyecto de ley de las Comisiones, lo cual coadyuvaría a que la consulta previa posterior pueda ser eficaz y efectiva.
- Modificar el Reglamento del Congreso en los términos reseñados en las conclusiones del presente Resumen Ejecutivo, y complementariamente plantear que se reforme el art. 31° de la Constitución Política del Perú, con la finalidad de establecer el carácter vinculante del acuerdo adoptado entre los representantes del Estado y los representantes de las organizaciones indígenas u originarios para todos los Poderes del Estado.
- En el caso de los tratados, se recomienda modificar la Ley N° 29785 “Ley de consulta previa” para que se considere un capítulo referido a la consulta previa en el caso de tratados que pudieran afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas; pues el Congreso de la República solo interviene para ratificar lo negociado y aprobado por el Poder Ejecutivo.
- Capacitar a los funcionarios del Congreso de la República en temas de derechos indígenas y de los alcances del derecho a la consulta previa. Además de sensibilizar a los congresistas y sus asesores en temas relacionados con los pueblos indígenas.

II. Informe de Inventario y Análisis

II.1 Descripción de las competencias del Congreso de la República

El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de una cámara única conformada por ciento treinta congresistas elegidos por sufragio electoral, por un periodo de cinco años (Art. 90° Constitución Política del Perú).

En ese sentido es importante señalar que los congresistas, que representan a la Nación, no están sujetos a mandato imperativo (Art. 93° Constitución Política del Perú, primer párrafo). Esta disposición constitucional, suele interpretarse en el sentido que no tienen obligación jurídica alguna de recibir instrucciones de sus votantes, y por ende solo estarían sujetos “a la Constitución y al dictado de sus conciencias”. Esto en la medida que en realidad los congresistas representan a la Nación en conjunto, ahora bien esta representación de la Nación se materializa, no en las decisiones individuales, sino a través de las decisiones tomadas por el Congreso de la República en tanto órgano corporativo.

Tiene como atribuciones, constitucionalmente reconocidas (Art. 102 Constitución Política del Perú):

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siem-

pre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.

9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.
10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

Cabe señalar además que a nivel funcional, de las competencias y organizacional, el Congreso de la República cuenta con un Reglamento con fuerza de ley, donde se precisa sus funciones y las de la Comisión Permanente, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los congresistas y regula los procedimientos parlamentarios (Art. 94 Constitución Política del Perú). Además el Tribunal Constitucional ha señalado que el Reglamento del Congreso no solo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica, lo que constituye una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica (no mediante reglamentos) (STC. N° 0022-2004-AI/TC. Fundamento 23).

En ese sentido, el Reglamento del Congreso señala como funciones del Congreso de la República: función representativa, función legislativa, de control político y las demás que establece la Constitución del Estado.

Siendo que la consultoría desarrollará la implementación del procedimiento de consulta previa en la dación de medidas legislativas por parte del Congreso de la República, la misma abarcará solo la función legislativa, que de acuerdo al Art. 4° del Reglamento del Congreso “(...) comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución Política y el presente Reglamento” .

Por tanto, las medidas legislativas que aprueba el Congreso de la República por disposición del Art.

102°, numeral 1, de la Constitución Política del Perú y de su Reglamento lo constituyen las **leyes y resoluciones legislativas**, las mismas que son debatidas y aprobadas a través del procedimiento parlamentario denominado procedimiento legislativo. Entre esas leyes y resoluciones legislativas están: leyes ordinarias; leyes de reforma de la Constitución; leyes orgánicas; leyes presupuestales y financieras, incluyendo las de tratamiento tributario especial a que se refiere el último párrafo del Art. 79° de la Constitución Política del Perú; leyes autoritativas de legislación delegada; leyes de amnistía; leyes demarcatorias; resoluciones legislativas; y resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso de la República.³

Ahora bien, el Congreso de la República es una entidad que tiene una doble dimensión, una técnica y otra política, siendo esta última la que muchas veces define la labor del congresista, y está enmarcada en su función de representación. En ese sentido, el Congreso de la República tiene una naturaleza especial y distinta a otros poderes del Estado, sin embargo eso no significa que deba excluirse de la obligación de la consulta previa.

Esto último es así en la medida que el Perú ha ratificado el Convenio 169, y el propio Parlamento ha aprobado la Ley de consulta previa, hoy vigente y reglamentada, que prevé que toda medida legislativa o administrativa sea pasible de consulta previa en la medida que afecte directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Identificadas las medidas legislativas que aprueba el Congreso de la República, a continuación, pasaremos a explicar el procedimiento legislativo para el nacimiento de dichas medidas.

II.2 Identificación del proceso de aprobación de leyes en cada una de sus etapas y la identificación de la normatividad que rige su actuación

El procedimiento legislativo se encuentra normado en el Capítulo II Título IV de la Constitución Política del Perú, y su desarrollo se da en la Sección Primera Capítulo VI del Reglamento del Congreso, por lo que constituye una de las principales fuentes del Derecho Parlamentario⁴.

El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas (Art. 73° Reglamento del Congreso):

- a) Iniciativa legislativa;
- b) Estudio en comisiones;
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
- d) Debate en el Pleno;
- e) Aprobación por doble votación; y,
- f) Promulgación.

II.2.1 La iniciativa legislativa

El inicio del procedimiento legislativo se da con el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, el cual le es reconocido al Presidente de la República y los Congresistas, también tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley (Art. 107° CP).

3 Art. 64 inciso a) y Art. 72 del Reglamento del Congreso.

4 (*)Subrayado nuestro

La actividad parlamentaria no solo se circunscribe a su Reglamento y otras normas explícitas, sino que se desarrolla en un marco que comprende las prácticas, precedentes, costumbres y decisiones de sus órganos internos, como la Presidencia, el Consejo Directivo, la Mesa Directiva, la Junta de Portavoces, el Pleno del Congreso, la Comisión de Constitución y Reglamento; además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello forma parte de la naturaleza y es característico del Derecho Parlamentario.

"Manual del proceso legislativo", Centro de documentación y Biblioteca del Congreso de la República, 2009, p. 145.

Cabe señalar que “la Constitución, al establecer de manera general *otros Poderes del Estado e instituciones públicas autónomas** no determina claramente quiénes son los titulares en exclusiva de la formulación de la iniciativa legislativa, lo que ha originado que existan órganos que, no estando contemplados dentro de este listado, presenten proyectos de ley al Congreso de la República, así por ejemplo, en la práctica, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y al Registro de Identificación del Estado Civil (RENIEC), órganos del sistema electoral, presentan actualmente proyectos de ley al Congreso de la República”⁵.

II.2.2 Requisitos de las proposiciones de ley

Las proposiciones de ley elaboradas en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa deben contener: una exposición de motivos donde expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, y el análisis costo-beneficio de la futura norma legal, incluido, cuando corresponda, un comentario sobre sus incidencia ambiental. Además, deberá incluir la fórmula legal respectiva, de ser el caso, dividida en títulos, capítulo, secciones y artículos. Siendo que, estos requisitos pueden ser dispensados solo por motivos excepcionales, y se aplican, en lo que fuera aplicable, a las resoluciones legislativas (Art. 75 RC).

Las proposiciones de ley y de resolución legislativa se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro. Sin embargo, el Consejo Directivo puede disponer que funciones una Oficina especial de la Oficialía Mayor que reciba las proposiciones en día y hora distinto, cuando las circunstancias así lo requieran, dando cuenta a los congresistas (Art. 75 RC).

II.2.3 Publicación en el Portal del Congreso

Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamen-

tarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones.

La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes (Art. 77 RC).

II.2.4 Envío a comisiones y estudio

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a la una de las vicepresidencias del Congreso, para que a partir de un análisis y revisión de las proposiciones determine qué comisión o comisiones deben evaluar dichas proposiciones. Una vez determinadas, la Vicepresidencia encargada de tal tarea devuelve a la Oficialía Mayor las proposiciones, a fin que ésta última la remita a las comisiones determinadas para el estudio y dictamen de las proposiciones.

En la remisión de las proposiciones a comisiones se aplica el **criterio de especialización***. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición (Art. 77 RC). Esto es, si bien se reconocerá la importancia de la opinión de ambas comisiones, hay una prelación que se debe observar, especialmente para el análisis y discusión de los dictámenes.

Las comisiones ordinarias son las encargadas del estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda

5 Tomado de “Manual del Proceso legislativo”, Centro de documentación y Biblioteca del Congreso de la República, 2009, p. 48.

del Congreso de la República, con prioridad en la función legislativa y de fiscalización. Si bien es el Presidente del referido Poder del Estado, en coordinación con los Grupos Parlamentarios o previa consulta al Consejo Directivo, quien propone el número de comisiones ordinarias teniendo en cuenta la estructura del Estado; sin embargo, deben conformarse por lo menos las siguientes comisiones ordinarias (Art. 35 RC):

- Agraria.
- Ciencia, Innovación y Tecnología.
- Comercio Exterior y Turismo.
- Constitución y Reglamento.
- Cultura y Patrimonio Cultural.
- Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.
- Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.
- Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado.
- Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.
- Educación, Juventud y Deporte.
- Energía y Minas.
- Fiscalización y Contraloría.
- Inclusión Social y Personas con Discapacidad.
- Inteligencia.
- Justicia y Derechos Humanos.
- Mujer y Familia.
- Presupuesto y Cuenta General de la República.
- Producción, Micro y Pequeña Empresa y Cooperativas
- Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.
- Relaciones Exteriores.
- Salud y Población.
- Trabajo y Seguridad Social.
- Transportes y Comunicaciones.
- Vivienda y Construcción.

Las comisiones tienen un máximo de treinta días útiles para expedir el dictamen respectivo, salvo que se presente una solicitud para que una comisión adicional asuma la competencia sobre un proyecto de ley, pedido que es resuelto por el Consejo Directivo, el que puede acceder a la petición en forma excepcional, además de acordar ampliar el plazo para dic-

taminar desde la fecha en que la segunda comisión conoce el proyecto y por no más de treinta días útiles (Art. 77 RC).

La comisión competente califica la admisibilidad de los proyectos de ley, verificando que la proposición cumpla con lo establecido en los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso, así como su compatibilidad constitucional, estando facultada para rechazarla de plano y archivarla. El acuerdo de archivamiento o inadmisibilidad es informado a la Oficialía Mayor.

II.2.5 Emisión de Dictamen

Luego del estudio correspondiente, las comisiones emiten dictamen. Y en el caso de ser varias las comisiones, pueden presentar un dictamen conjunto.

Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas. En este punto es importante señalar que la participación ciudadana a nivel de esta etapa de estudio y análisis si bien está contemplada como una posibilidad y ciertamente se realiza; sin embargo no está desarrollada en el Reglamento del Congreso en una forma que garantice una participación ciudadana eficaz y eficiente.

Adicionalmente, los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos (Art. 70 RC).

Los dictámenes pueden ser:

- a) En mayoría
- b) En minoría
- c) Por unanimidad

Asimismo, los dictámenes pueden concluir:

- a) En la recomendación de aprobación de la proposición en sus términos.

- b) En la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio.

El Presidente de la comisión dictaminadora remite al Pleno la documentación completa de la aprobación del dictamen.

- c) En la recomendación de no aprobación de la proposición y su envío al archivo o en la inhibición de la comisión por no tener competencia en la materia de la proposición.

Las proposiciones rechazadas de plano no requieren dictamen y solo se archivan mediante decreto, informándose a la Oficialía Mayor. En el acta de la respectiva sesión, debe especificarse las causales que determinan la decisión de la comisión, tales como la copia de otros proyectos y su incompatibilidad con la Constitución Política, entre otras.

Si el Congresista o el vocero del Grupo Parlamentario solicitaran explicaciones sobre las razones que determinaron la decisión de la comisión, el secretario de la misma le entrega una copia del acuerdo extraído del acta respectiva.

- d) En la recomendación de conformación de una comisión especial de estudio del asunto materia de dictamen, a efecto de que se realice un estudio técnico más profundo y proponga una fórmula normativa adecuada.

- e) Solicitando un plazo adicional para expedir dictamen.

II.2.6 Agenda del Dictamen en el Debate del Pleno

El Consejo Directivo dispone que se incluyan los dictámenes aprobados, en la agenda, a propuesta del Presidente del Congreso de la República, debiendo ser distribuidos a los Congresistas por correo electrónico con anticipación de veinticuatro horas antes de que se considere el proyecto, sin perjuicio de su publicación en el Portal del Congreso de la República.

Solo en los casos en que se justifique la distribución se hace en forma física y, en los casos de suma urgencia,

a criterio del Presidente se puede disponer la entrega física domiciliaria.

II.2.7 Requisitos para el Debate: Emisión de dictamen y publicación de dictamen

No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso de la República, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso de la República (Art. 78 RC).

II.2.8 Debate

El debate se inicia con la sustentación del dictamen que se propone aprobar. Se desarrolla según ciertas reglas que se aplican dependiendo del tipo de dictamen –en mayoría y minoría, o por unanimidad–; del número de comisiones dictaminadoras; de la complejidad del asunto materia de dictamen; del acuerdo que al efecto adopte el Consejo Directivo.

El dictamen emitido por la comisión ordinaria es sustentado por el presidente, el vicepresidente o el secretario de la comisión, respetando dicha prelación; es decir, ante la ausencia del presidente sustenta el vicepresidente y, ante la ausencia de éste el secretario.

El Reglamento prevé la posibilidad de que la comisión delegue tal sustentación a un miembro diferente a los de la directiva. En tal sentido, el acto de delegación de la sustentación a un miembro distinto no es un acto que responda a la voluntad única del presidente, sino al acuerdo de los miembros de la comisión (Art. 55 inc. b) RC).

En el transcurso del debate, el presidente de la comisión dictaminadora, o quien hace sus veces, toma nota de los aportes y modificaciones propuestos por los congresistas, que considere pertinente acoger.

II.2.9 Votación y Aprobación

Luego de haberse agotado la discusión, el Presidente del Congreso de la república anuncia al Pleno que el debate ha concluido y que se va a proceder a la votación respectiva.

Para ello verifica el quórum y, desde ese instante, ningún congresista puede volver a hacer uso de la palabra, ni abandonar la Sala (Art. 56 RC). Todas las votaciones que realiza el Pleno son públicas, salvo que dos tercios de los miembros hábiles acuerden que sean secretas. Las votaciones públicas se realizan mediante el tablero digital⁶, donde se registra el sentido del voto del congresista: a favor, en contra o abstención.

Los resultados de la votación reflejan el acuerdo al que arriban los congresistas. Los acuerdos se toman con el voto de la mayoría simple de todos los miembros presentes al momento de la votación. El Presidente tiene voto dirimente, en caso de empate (Art. 52 RC, último y penúltimo párr.).

En este punto es importante recordar que lo señalado en torno a la no sujeción de los congresistas a mandato imperativo, ya que si bien previo a la votación las bancadas suelen tener un consenso sobre su posición frente a un proyecto de ley, sin embargo y por no estar sujetos a mandato imperativo, y la votación es individual, podrían cambiar su decisión al momento de sus votos.

II.2.10 Doble Votación

La doble votación constituye una de las etapas regulares del procedimiento legislativo. Sin el cumplimiento de este requisito, la Mesa Directiva no puede proseguir el trámite de la ley, ni enviarla al Presidente de la República para su promulgación (Art. 73, inc. e) y Art. 78 RC). Esta segunda votación deberá efectuarse transcurridos siete (7) días calendario como mínimo, y será a totalidad y con debate.

II.2.10.1 Asuntos que no requieren Doble Votación

Solo se encuentran exoneradas de este requisito las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados, de aprobación de ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f)⁷, h)⁸ y j)⁹ del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93¹⁰ del RC.

Asimismo están exoneradas de este requisito la aprobación de la Ley de Presupuesto General de la República y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, y la aprobación de la Cuenta General de la República (Art. 78 RC).

6 Existen dos sistemas de votación: mediante el tablero digital y a mano alzada, sin embargo, cabe señalar que las leyes y resoluciones legislativas no pueden votarse a mano alzada (Art. 57 del RC).

7 “f) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo”.

8 “h) Las proposiciones de resolución legislativa autorizando el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, deben especificar los motivos, la relación de tropas y equipos transeúntes y el tiempo que permanecerán en territorio peruano”.

9 “j) Las proposiciones de resolución legislativa de autorización de viaje al exterior deben indicar el lugar, los motivos y las fechas del viaje”.

10 “Artículo 93. El Congreso, a través de la Comisión Permanente, designa y remueve al Contralor General de la República y ratifica la designación del Presidente del Banco Central de Reserva, a quien puede remover, y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y con aprobación del Pleno elige al Defensor del Pueblo, observando las condiciones señaladas en la Constitución Política y las leyes orgánicas de las respectivas instituciones públicas, así como el procedimiento determinado en los reglamentos especiales que apruebe el Congreso. En todos los casos, se expedirá resolución legislativa (...)”.

También está exceptuado el voto de la cuestión de confianza al Consejo de Ministros así como las mociones de censura al Consejo de Ministros o contra cualquiera de los ministros de Estado, que están referidos en los artículos 133 y 132 de la Constitución Política del Estado (Art. 78 RC).

II.2.11 Promulgación

II.2.11.1 Envío al Presidente de la República

Aprobada la ley por el Congreso, le corresponde a la oficina especializada de la Oficialía Mayor redactar el texto que debe ser enviado para la respectiva promulgación.

Dicho texto recibe el nombre de autógrafa, que constituye el texto fidedigno de la ley aprobada por el Pleno del Congreso, la misma que será firmada de inmediato por el Presidente y uno de los vicepresidentes del Congreso.

Luego de la suscripción de la autógrafa, el Presidente del congreso ordena su remisión al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días (Arts. 79 RC y 108 CP).

II.2.11.2 Promulgación por el Presidente de la República

El Presidente de la República ejecuta el procedimiento de promulgación si es que no tiene objeciones respecto de la ley aprobada por el Congreso; y lo hace dentro de los quince días útiles que corren a partir del cargo de la fecha de recepción de la autógrafa (Art. 80 RC y Art. 108 CP).

La promulgación es sobre la totalidad de la ley aprobada. No cabe la promulgación parcial de la ley.

II.2.11.3 Formulación de observaciones por parte del Presidente de la República

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley apro-

bada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Dichas objeciones puede hacerlas sobre el todo o una parte de la ley aprobada y pueden responder a situaciones de carácter constitucional, político, procedimental o de técnica legislativa (Art. 108, 2do. párr. CP).

Las observaciones se tramitan como cualquier proposición, pero correrán en el expediente que dio origen a la ley observada y su reconsideración por el Congreso requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (Art. 79 RC).

Las Comisiones dictaminadoras están sujetas a un plazo que no puede exceder de treinta días útiles para pronunciarse sobre las observaciones formuladas por el Presidente de la República a las autógrafas de ley aprobadas por el Congreso (Art. 77 RC).

Las formas alternativas de pronunciamiento que las Comisiones pueden tener respecto de las observaciones remitidas son: el allanamiento, la insistencia y la formulación de un proyecto sustitutorio con modificaciones. (Acuerdo del Consejo Directivo N° 080-2003-2004/CONSEJO-CR, aprobado el 16 de setiembre de 2003).

II.2.11.4 Promulgación por el Presidente del Congreso

El acto de promulgación que ejerce el Presidente del Congreso procede cuando el Presidente de la República no ha ejercitado su atribución constitucional de promulgación de las leyes dentro del plazo de quince días útiles, y también cuando el Congreso adopta la decisión de allanarse a las observaciones del Presidente de la República o de insistir en su texto original.

Además, en el caso del procedimiento de control de los decretos de urgencia, cuando el Pleno del Congreso aprueba el informe de la Comisión de Constitución. (Art. 108 CP; Arts. 80 RC).

Asimismo, la titularidad de la promulgación de una ley recae en el Presidente del Congreso cuando se realiza el control sobre los decretos de urgencia (Art. 91 inc. d) RC).

Las resoluciones legislativas según correspondan son promulgadas por el Presidente y un Vicepresidente del Congreso (Art. 80 RC).

II.2.12 Publicación

Una vez promulgada y enumerada la ley, el Poder Ejecutivo se encarga de disponer su publicación en el Diario Oficial (Art. 80).

II.2.13 Vigencia y Obligatoriedad

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición distinta de la misma ley que establezca un mayor período de “vacatio legis” en todo o en parte (Art. 80 RC y Art. 109 CP) (Ver diagrama en la siguiente página).

II.2.14 Procedimientos Especiales

A) Aprobación de Tratados

Según el Artículo 55° de la Constitución Política “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” Asimismo, el Artículo 56° señala que “los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”.

De otro lado el Artículo 57° establece que el “Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.”

Tal como se puede observar la Constitución Política distinguen a los tratados en: Tratados ordinarios, Tratados con habilitación legislativa y Tratados internacionales ejecutivos (STC. N° 047-2004-AI/TC. Fundamento 20)¹¹

En el caso de los tratados es importante señalar que la negociación de los términos, detalle y contenido de los mismos se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo, y el Congreso generalmente solo los ratifica, vale decir hace un control posterior de los tratados, y no tiene mayor injerencia en la definición de los términos del mismo.

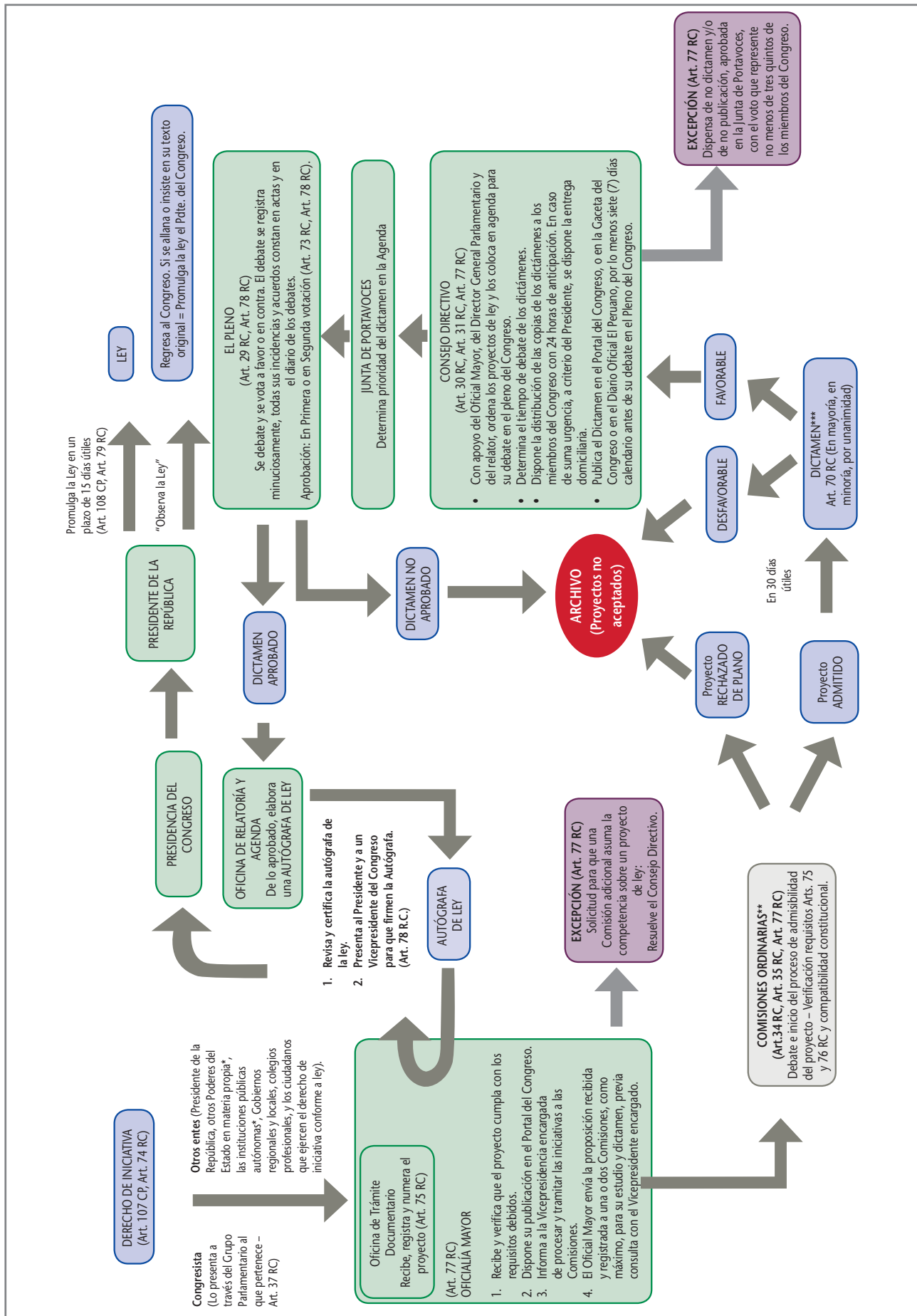
a) Tratados Ordinarios (Art. 56° CPP)

Estos tratados deben ser aprobados por el Congreso de la República y por la temática que involucra (Derechos Humanos y Soberanía, dominio o integridad del Estado, sobre todo) podrían afectar, dado el caso, derechos de los pueblos indígenas u originarios.¹²

Según el Artículo 76°, inciso 1, literal f) RC : “Las proposiciones de resolución legislativa para la

11 “Manual del Proceso Legislativo”, Centro de documentación y Biblioteca del Congreso de la República, 2009, p. 199.

12 Informe N° 038/2009-2010: “Informe temático sobre aspectos a considerar en el ejercicio del control parlamentario de los tratados celebrados con forme a los artículos 56° y 57° de la Constitución Política del Estado” Humberto Henríquez Franco, Especialista Parlamentario. Lima, 13 de abril de 2010. Documento del Centro de Investigación, Análisis Temático y Estadística –CIAE. Congreso de la República, págs... 6-8: “Las materias que necesariamente deben aprobarse mediante tratados



aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo.”

La proposición es decretada a la Comisión de Relaciones Exteriores y, dependiendo de la materia, puede ser derivada, además, a otra Comisión. Con respecto al procedimiento legislativo ordinario la aprobación de tratados no requiere el trámite de doble votación y es aprobado por mayoría simple.

b) Tratados con Habilitación Legislativa

Si el contenido de los Tratados con habilitación legislativa afecta disposiciones constitucionales, deben ser aprobados por el mismo procedimiento establecido para la reforma de la Constitución “(...) lo cual no quiere decir que haya una ley de reforma constitucional sino tan solo la aprobación de un tratado que sigue el mismo procedimiento que se exige para la reforma constitucional.”¹³

c) Tratados Internacionales Ejecutivos

Estos tratados internacionales ejecutivos son aquellos que el Presidente de la República puede celebrar o ratificar o adherir sin el requisito de

la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios. Es decir, pueden contener materias distintas a derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional u obligaciones financieras del Estado. Hay una obligación constitucional del Presidente de la República de dar cuenta al Congreso sobre los tratados a que se refiere el Artículo 57 constitucional. Según el artículo 29 de la Ley 25397, Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República, estos “convenios internacionales ejecutivos” tienen rango de decretos supremos, pero prevalecen sobre estos últimos en caso de conflicto.

B) Legislación Delegada

Según el Artículo 104° de la Constitución Política “*El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.*

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.”

Asimismo, según el Artículo N° 76°, inciso 1, literal d), del Reglamento del Congreso de la República “Las

formales, solemnes o complejos, por requerir la participación previa del Parlamento antes de la ratificación por parte del Presidente de la República, conforme al sistema de lista positiva, están taxativamente establecidas en el artículo 56° de la Constitución de 1993. Estas son:

Derechos Humanos

Los derechos humanos constituyen una materia relacionada con la reserva de la Ley. Esto significa que su desarrollo constitucional requiere necesariamente la participación del Congreso de la República (...)

Soberanía, dominio o integridad del Estado

(...) Novak señala que, “son tratados comprendidos en este acápite: los tratados de paz, tratados de límites (...) los tratados de integración, sobre recursos naturales y medioambiente, entre otros (...)

Defensa Nacional (...)

Obligaciones financieras del Estado (...)

Tratados que creen, modifiquen o extinguen tributos (...)

Tratados que exijan modificación o derogación de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución (...)”

13 “Manual del Proceso Legislativo”¹³, Centro de documentación y Biblioteca del Congreso de la República, 2009, p. 201.

proposiciones de ley autoritativa de legislación delegada deben precisar la materia específica de la delegación y el plazo de la autorización. No puede proponerse ley autoritativa de legislación delegada en materias relativas a reforma de la Constitución, aprobación de tratados internacionales y leyes orgánicas, ni la Ley de Presupuesto ni de la Cuenta General de la República.”

Por tanto, los decretos legislativos expedidos al amparo de la ley autoritativa tienen dos límites: uno temporal y otro material, los cuales tienen que ser precisados en dicha ley. Ante la posibilidad de que los decretos legislativos puedan afectar derechos de los pueblos indígenas u originarios amparados en el Convenio N° 169, cabría la posibilidad de que la ley autoritativa podría ser previamente objeto de consulta previa.

Sin embargo, el Reglamento de la Ley N° 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, establece en su numeral 27.5 que el Poder Ejecutivo llevará cabo la consulta previa de aquellos decretos legislativos que podrían afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, solicitando para ella en la proposición de la ley autoritativa un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.

II.3 Análisis, descripción y propuesta de inclusión de la consulta previa en el procedimiento parlamentario de aprobación de leyes

II.3.1 Consulta previa, libre determinación y participación ciudadana

Para proponer la inclusión de la consulta previa en el procedimiento parlamentario de aprobación de leyes

es importante primero detenernos, brevemente, a analizar el fundamento del derecho a la consulta previa. En ese sentido, según el Dr. Peña Jumpa, señala que *“La Constitución Política del Perú no regula directamente el Derecho de consulta previa a favor de las comunidades o pueblos “indígenas” u originarios de nuestro país. Su regulación es indirecta bajo dos caminos o vías explícitas: el reconocimiento de derechos sustantivos a nivel constitucional y el rango constitucional del Convenio Internacional 169 de la OIT que si regula directamente el derecho a la consulta previa.”*¹⁴

De la doctrina y la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la consulta previa, hemos podido advertir que existen dos líneas de fundamentación, una referida a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la otra como concreción del derecho de participación ciudadana.

Sobre la autodeterminación o libre determinación, se entiende la misma, en palabras del Tribunal Constitucional, como *“(…) la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto”*¹⁵.

En ese sentido, la consulta previa se enmarcaría en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Es así que el TC ha concluido que es *“esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base*

14 PEÑA JUMPA, Antonio. “El Derecho Constitucional a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio internacional 169 de la OIT” en *Revista Ius Inter Gentes* N° 6 p 134.

15 *Ibidema.*

para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa.”¹⁶.

Por otro lado, hemos podido advertir, una línea de fundamentación que relaciona la consulta como concreción del derecho a la participación ciudadana. En nuestro país el derecho a la participación ciudadana encuentra reconocimiento constitucional a partir de la Constitución de 1979, y en el art. 2 inciso 17 de la Constitución de 1993, se reconoce que toda persona tiene derecho a “participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”, y complementado en el art. 31 de la Carta Magna que desarrolla los mecanismos de participación ciudadana.

En esta línea de pensamiento, el mismo Tribunal señala que “el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa se constituye en un derecho fundamental, debido a que esta es una concreción del derecho a la participación política en los asuntos públicos, previsto en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución, lo cual, sostiene, es concordante con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Convenio 169”¹⁷. En forma concordante, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que “la consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento

de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior, que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas etnias como comunidades diferenciadas y autónomas”¹⁸. Es decir, en sus términos la consulta previa constituye un “espacio concreto de participación”¹⁹.

Más aún, la misma Corte Constitucional, al analizar el art. 6° del Convenio 169 de la OIT, reconoce una distinción entre las dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales contenidos en dicha disposición.²⁰ Por un lado, la obligación contenida en el literal b)²¹ de 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; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a)²² en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Asimismo, autores como Antonio Peña Jumba²³, señalan que “consulta y participación son como las dos

16 Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

17 PEZO CASTAÑEDA, Eduardo. “El derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa: A propósito del Decreto Supremo N° 001-2012-MC” en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 134, Abril 2012, págs. 22-23.

18 Sentencia C-331 de 2012.

19 Sentencia C-317 de 2012.

20 Sentencia C-030 de 2008, Consideraciones y Fundamentos, 4.2.

21 Artículo 6.

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

(...)

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;

(...)

22 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;

(...)

23 PEÑA JUMPA, Antonio. “El Derecho Constitucional a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio internacional 169 de la OIT” en *Revista Ius Inter Gentes* N° 6, p 138.

caras de la misma moneda. Mediante el derecho de consulta las comunidades o pueblos indígenas tienen sus derechos sustantivos garantizados pero es mediante el derecho de participación que los hacen valer. Sin participación la consulta no tendría prácticamente sentido, y sin derecho de consulta el derecho de participación puede ser prácticamente omitido”.

Desde nuestro análisis, consideramos que ambos fundamentos no son excluyentes, sino que incluso pueden ser complementarios. Es por ello que consideramos que la consulta previa es una concreción singular del derecho a la participación reconocido en el art. 2 inc 17²⁴ de la Constitución Política del Perú, tomando en consideración la situación jurídica de los pueblos indígenas, es decir, su contexto real y sus necesidades. Y además, el derecho a la consulta garantiza a su vez, la efectiva tutela de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de libre determinación.

Participación ciudadana en la práctica parlamentaria

En forma adicional, queremos reseñar los alcances de la participación ciudadana en la práctica parlamentaria. En ese sentido, y si bien en el Reglamento del Congreso no se contempla mecanismos de participación ciudadana, si se verifican la aplicación de alguno de ellos como parte de la práctica o costumbre parlamentaria.

Estos mecanismos están a cargo de las Comisiones o Despachos Parlamentarios y de la Dirección de Participación Ciudadana, y comprenden entre otros talleres participativos; audiencias públicas, pedidos de opinión, foros legislativos o iniciativas como el Programa Parlamento Virtual Peruano, espacio a través del cual los ciudadanos pueden participar –a partir de una suscripción– en temas legislativos, expresando sus opi-

niones a los proyectos de Ley presentados, así como los pedidos que los ciudadanos presentan, siendo que durante la Legislatura 2011-2012 y durante esta primera legislatura 2012-2013 se han registrado un total de 3719 suscriptores.²⁵

Estos mecanismos dependen del criterio y voluntad de las Comisiones, las cuales pueden o no tomar en cuenta los aportes y observaciones formulados a través de los mecanismos de participación ciudadana. Más aún, ninguno de estos mecanismos puede ser considerado como un mecanismo de consulta previa, libre e informada, en los términos desarrollados por el Convenio 169 de la OIT, la Ley 29785, y la jurisprudencia del TC peruano.

II.3.2 Marco Normativo de la consulta previa

El Marco Normativo vigente en el ordenamiento peruano que reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas u originarios lo comprende el Convenio OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual fue ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, y entró en vigencia en febrero de 1995. Sin embargo, es recién en setiembre del 2011 que el Presidente de la República, promulgó la Ley N° 29785 “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT”.

Entonces, no solo tenemos que hay una obligación de respetar y cumplir con lo señalado en el Convenio 169, por mandato expreso del art. 55° de la Constitución²⁶, sino que además el mismo derecho a la consulta previa es una expresión del derecho constitucional a la participación ciudadana, reconocido en el art. 2° inc.

24 Art. 2 inc.17.

A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

25 Datos tomados del Informe de Gestión semestral de la Segunda Vicepresidencia. En <http://www.congreso.gob.pe/congresista/2011/jceguren/documentos/InformeSemestralSegVic.pdf>

26 **Artículo 55.-** Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

17 y art. 31°; además de formar parte de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas al estar ligado a derechos como la identidad cultural, la tierra y el territorio, a priorizar su desarrollo, entre otros.

II.3.3 Legislación Comparada

En América Latina, el avance en relación a la aplicación de la consulta en medidas legislativas es bastante disímil. En ese sentido, pasaremos a reseñar legislación comparada en materia de aplicación del derecho a la consulta en el proceso legislativo de experiencias más cercanas de países signatarios del Convenio 169 de la OIT, no solo por historias compartidas, sino también por la similitud del tramado social de estas sociedades, y del sistema jurídico que los rige.

A) Bolivia

En el caso boliviano, los Pueblos Indígenas son los actores principales en los procesos sociales y políticos nacionales, y existe un alto grado de visibilidad y reconocimiento legal de sus derechos.

Bolivia es el primer país en reconocer con fuerza de ley nacional el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Leyes de la República No. 1257 y No. 3760 respectivamente)²⁷.

Asimismo, el 07 de febrero del 2009 entro en vigor la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, la cual amplía significativamente el catálogo de derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta plenamente las provisiones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas²⁸.

En relación al reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, la Constitución reconoce expresamente:

“Artículo 30.II

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

(....)

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.

Pero además, la obligatoriedad de la consulta se encuentra reconocida en el **artículo 352°** de la citada Constitución Política de Bolivia:

“La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.

Actualmente en Bolivia se viene debatiendo el Anteproyecto de Ley Marco de Consulta; uno

27 Héctor Almendrades: “Panorama Jurídico del Derecho Internacional Indígena”
En http://www.iladir.org/notas_coyuntura/a1.pdf

28 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, p.18.

Art. 30.II

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.

presentado por el Equipo Multidisciplinario del Ministerio de Gobierno; y el otro por la Comisión Nacional de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyo (CONAMAQ), quienes reunidos los días 26 y 27 de noviembre de 2012 en Vinto-Cochabamba aprobaron el Anteproyecto de ley marco de "Consulta y consentimiento previo, Libre e informado a las Naciones y Pueblos indígenas originarios, de cumplimiento obligatorio por el Estado Plurinacional".

El mismo señala en relación a la institucionalización de la consulta previa:

Artículo 3. En sujeción a los principios y derechos enarbolados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente lo previsto en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Constitución Política del Estado y lo previsto en el artículo segundo de la presente ley, en circunstancias que el Estado pretenda a través de sus propias instituciones o mediante adjudicación a terceros, realizar trabajos de exploración, explotación de recursos mineralógi-

cos, energéticos, hidrocarburíferos, arqueológicos o de otra naturaleza, dentro las tierras o territorios ancestrales ocupados por las Naciones y Pueblos Indígena Originario y Comunidades Afro Bolivianas, así como adoptar medidas legislativas o administrativas que tiendan a afectar intereses y derechos de estos pueblos, deberá realizarse la respectiva consulta, con anticipación a dichas medidas o actividades (subrayado nuestro)

La obligatoriedad de llevar cabo la consulta, así como la vinculatoriedad del acuerdo producto del proceso de consulta, se encuentra expresamente reconocido:

Artículo 5. La Consulta previa a las naciones y pueblos indígenas originarios mencionados en el artículo tercero de la presente ley, tendrá carácter obligatorio y de ineludible cumplimiento, siendo nulas todas las actuaciones que realicen en caso de omitirse tal obligación.

Artículo 6. Los resultados de la Consulta Previa a las naciones y Pueblos Indígena Originario y comunidades Afro Bolivianas, tendrán efecto vinculante (subrayado nuestro), en consecuencia deben aplicarse en forma inmediata, sin excusa alguna, por

2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

parte de las entidades estatales y particulares, bajo pena de ser sometidos quienes incurran en la omisión, a las acciones legales pertinentes.

En relación al proceso de consulta previa, este Anteproyecto señala 04 etapas preclusivas (**Artículo 12°**):

La primera se refiere a la toma de contacto con los pueblos que podrían ser afectados por la adopción de parte del Estado de una medida legislativa o administrativa o implementación de proyectos, obras, trabajos de exploración o explotación en tierras y territorios poseídos ancestralmente por dichos pueblos, pudiendo también éstos de oficio tomar contacto con el Estado.

La segunda etapa se refiere a las reuniones explicativas e informativas hacia estos pueblos respecto a las iniciativas estatales en dichas tierras y territorios. La tercera etapa comprende la toma de decisiones por parte de los pueblos, una vez concluidas las sesiones informativas. La cuarta etapa está referida a la suscripción de acuerdos. Siendo que, ninguna etapa podrá materializarse si antes no se cumplió la anterior.

Cabe señalar, que los acuerdos arribados entre los representantes del Estado y los representantes legítimos de los pueblos indígenas u originarios tendrán todo el valor jurídico necesario, son de efecto vinculante y cumplimiento obligatorio (**Artículo 28°**). Siendo además que *los acuerdos surgidos del proceso de consulta previa, deben estar sujetos a evaluación periódica, en aras de mejorar sus efectos, en favor de los pueblos, sin perjuicio de su cumplimiento obligatorio en todo momento (Artículo 34°)*.

B) Ecuador

En 1998 Ecuador ratificó el Convenio 169 OIT y la Constitución configuró al Estado Ecuatoriano como una entidad pluricultural y multiétnica, consagrando en él una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas y estableciendo diversos órganos políticos y administrativos para facilitar la aplicación de estos derechos. En este sentido, el art. 80.5 consagraba el derecho de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos a *“ser consultados sobre planes y progra-*

mas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio ambientales que les causen”.

Tras la reforma constitucional, la Constitución del 2008, establece en su primer artículo que *“el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”*; e incorpora en el artículo 57 inc.17, entre otros, el derecho a la consulta previa en materia legislativa:

“Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...)

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.”

Este reconocimiento se enmarca dentro del derecho a la consulta previa, libre informada, reconocido en el inciso 7 del citado artículo:

“ 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”

En este sentido, el 13 de junio del 2012, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó el *“Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa”*, el cual ha

sido publicado en el Registro oficial 733 del 27 de junio del 2012.

Este Instructivo establece como órgano responsable de la Consulta Prelegislativa, a la Asamblea Nacional, a través de la respectiva Comisión Especializada Permanente u Ocasional, siendo el Presidente de la respectiva Comisión el responsable del desarrollo de la misma. Para este efecto, se contara con el apoyo técnico y logístico de la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional (Art. 4°).

En relación a la pertinencia de la consulta, en el informe para primer debate de un proyecto de Ley que podría afectar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano o del pueblo montubio, la Comisión Especializada Permanente u Ocasional a cargo de su tratamiento presentara al Pleno de la Asamblea Nacio-

nal, su opinión expresa y fundamentada de someter determinados temas del proyecto de Ley a consulta prelegislativa. Durante el primer debate del proyecto de Ley, el pleno de la Asamblea Nacional aprobara, por mayoría absoluta de sus miembros, la realización de la consulta prelegislativa (Art. 5°).

En cuanto al desarrollo del procedimiento de consulta, el citado Instructivo establece 04 fases de la consulta (Art. 6°):

1. Fase de preparación
2. Fase de convocatoria pública
3. Fase de información y realización
4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa

Las mismas se desarrollaran de acuerdo al siguiente cronograma:

N°	ACTIVIDAD	REFERENCIA	RESPONSABLE	DURACIÓN
1	Decisión de realizar la Consulta Prelegislativa.	Art. 5°	Pleno de la Asamblea Nacional	1 día
2	Entrega al Presidente de la Asamblea Nacional de los temas sustantivos.	Art. 7°	Comisión Especializada	Término 05 días
3	Definición de formularios para consulta.	Art. 8°	Consejo de Administración Legislativa	
4	Convocatoria a Consulta Prelegislativa.	Arts. 7° y 9°	Presidente de la Asamblea Nacional	
5	Instalación de oficina de central de coordinación y oficinas provinciales de información y recepción de documentos.	Art. 10°	Asamblea Nacional	
6	Inscripción de los sujetos de consulta.	Art. 11°	Asamblea Nacional	Término 05 días
7	Envío de listado e inscritos a la Comisión Especializada.	Art. 13°	Presidente de la Asamblea Nacional	01 día
8	Entrega de información a sujetos de consulta.	Art. 15°	Comisión especializada	
9	Recepción de resultados.	Art. 16°	Comisión Especializada	Plazo de 20 días
10	Envío de resultados.	Art. 17°	Oficinas de Información	Plazo de 02 días

N°	ACTIVIDAD	REFERENCIA	RESPONSABLE	DURACIÓN
11	Compilación de resultados.	Art. 17°	Comisión Especializada	Término de 05 días
12	Realización de audiencias públicas provinciales.	Art. 18°	Comisión Especializada	Plazo de 30 días
13	Convocatoria a Mesa de diálogo nacional.	Art. 19°	Asamblea Nacional	Plazo 03 días
14	Desarrollo de la Mesa de Diálogo Nacional.	Art. 19°	Comisión Especializada	Plazo 05 días
15	Elaboración del Informe Final de resultados de la consulta prelegislativa.	Art. 20°	Comisión Especializada	Plazo 07 días
16	Incorporación de consensos obtenidos al Informe para Segundo Debate.	Art. 20°	Comisión Especializada	
17	Envío del Informe final de resultados de la Consulta prelegislativa al Presidente de la Asamblea Nacional.	Art. 20°	Comisión Especializada	

En aplicación de las normas antes citadas se llevó a cabo en el Ecuador el proceso de consulta prelegislativa de la Ley Orgánica de Culturas, que tuvo su inicio el 8 de agosto del 2012 y concluyó el 3 de enero del 2013, en un proceso llevado a nivel de las provincias, en una primera etapa, y en una mesa de diálogo nacional, en una segunda etapa.

El documento recoge los consensos alcanzados sobre los temas sustantivos de la Ley de Culturas entre las organizaciones indígenas nacionales, tales como CONAIE²⁹, FENOCIN³⁰, FEINE³¹, FEI³² Y ASONE³³ (afros); no habiendo consenso en el tema de la creación de un Fondo de Culturas.

El 11 de enero de 2013, el presidente de la Comisión de Cultura, Marco Murillo, indicó que los documentos, tanto del anexo del proyecto de Ley Orgánica de Culturas, cuanto el informe final de la consulta prelegislativa, donde se recoge el desarrollo de ésta, deberán ser incluidos en la sesión del Pleno, para

la fecha que el Presidente de la Legislatura estime pertinente.

Finalmente en la Asamblea Nacional, en la primera quincena de enero, se inició el debate de Ley de Consulta Prelegislativa de las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades del Ecuador (existen cuatro proyectos de leyes con ese propósito).

De otro lado en agosto de 2012 el Poder Ejecutivo aprobó el "Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarbúricos" (Decreto Ejecutivo No. 1247 publicado en el Registro Oficial No. 759 de 2 de agosto de 2012).

C) Colombia

Si bien no cuentan con una ley de consulta, el mayor desarrollo sobre el contenido y los elementos del

29 Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.

30 Confederación Nacional de Organizaciones campesinas, indígenas negras.

31 Consejo de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador.

32 Confederación de pueblos organizaciones Indígenas campesinas del Ecuador.

33 Asociación de Negros del Ecuador.

derecho a la consulta previa se ha dado de la mano de la jurisprudencia de las Corte Constitucional de Colombia.

Así, si bien el derecho a la consulta previa no se menciona expresamente en la Constitución Colombiana, éste ha sido configurado por la Corte Constitucional Colombiana a partir del reconocimiento del derecho a la participación (art. 40), el derecho a un medio ambiente sano (art. 39°), y la planificación estatal del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (art. 80°).

Así la interpretación sistemática se ha configurado entre el derecho a la participación (art. 40°) y el art. 330°, que dispone que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y que *“en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”*.

A continuación, reseñamos el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en relación al derecho a la consulta previa:

Año	Número	Hecho lesivo	Fallo
1998	T-652	Contra la construcción de hidroeléctrica no consultada.	Se ordenó la indemnización de la comunidad indígena pues la obra ya había sido ejecutada.
1999	T-634	Demanda contra la decisión de una Asamblea Departamental por crear un municipio en territorios de PI inconsultamente.	Fue rechazada porque se tramitaba en otra jurisdicción.
2003	SU-383	Contra la Implementación de programa de erradicación de cultivos sin previa consulta.	Se ordenó que se consulte con los pueblos indígenas.
2005	T-737	Contra la decisión administrativa municipal no consultada con PI.	Se ordenó la consulta de la misma.
2006	T-880	Contra la certificación del Ministerio del Interior y Justicia que negó presencia de pueblos indígenas en zonas de explotación minera.	Se ordenó la suspensión y la consulta de la misma.
2003	T-955	Contra la explotación maderera en territorios afrocolombianos sin consulta.	Se ordenó la suspensión y la consulta de la misma.
2009	T-154	Sobre la licencia ambiental para la construcción de represa sin consulta previa.	Se declaró infundada pues esta sí había sido consultada la misma a buena parte de las comunidades indígenas.
2009	T-769	Contra una concesión para la exploración y la explotación minera no consultada.	Se ordenó la suspensión y la inmediata consulta de la misma.
2011	T-129	Contra varios proyectos (carretera, conexión eléctrica y prospección minera) que no habían sido consultados.	Se ordenó la suspensión y la inmediata consulta de los mismos.

Elaboración: Juan Carlos Ruiz Molleda en “La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas”.
En <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>

En tanto, algunas medidas legislativas declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de Colombia por falta de consulta previa son³⁴:

- Ley General Forestal : C-030/2008
- Estatuto de Desarrollo Rural: C-175/2009
- Ley 1214 del 2008, aprobatoria del “Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela”
- Art. 2° del Acto Legislativo 01/09 (Reglas para la inscripción de candidatos para la circunscripción especial indígena): C-702/2010
- Reforma de Código de Minas: C-366/2011
- Art. 28.2. del Proyecto de Ley Estatutaria sobre organización y funcionamiento de partidos políticos (reglas para inscripción de candidatos para la circunscripción especial indígena): C-490/2011

A modo concluyente, podemos reseñar las experiencias comparadas de Bolivia, Ecuador y Colombia en materia de aplicación de la consulta previa en medidas legislativas de la siguiente forma (Ver cuadro en la página siguiente).

II.3.4 Propuesta de inclusión de la consulta previa en el procedimiento legislativo

A la fecha existen algunas propuestas³⁵ que buscan regular el derecho a la consulta previa en el Congreso,

sin embargo dichas propuestas han encontrado diferentes críticas y observaciones en su contenido.

Esta situación se explicaría porque el principal obstáculo de la implementación de la consulta previa en el Congreso tiene que ver con la naturaleza política del Congreso, ya que, como se señaló anteriormente, si bien tiene un ámbito técnico legislativo, sin embargo es fundamentalmente un foro político de toma de decisiones, donde además los congresistas no están sujetos a mandato imperativo. Esta situación, haría difícil garantizar que los acuerdos a los que se arribe con las organizaciones de pueblos indígenas sean complicadas de mantener a nivel del Pleno, por ende no se cumpliría el carácter vinculante de los acuerdos – en caso haya – producto de la consulta previa. Incluso, aun logrado el apoyo del Pleno, cabe la posibilidad de la observación del Poder Ejecutivo (derecho de “veto” del Presidente de la República, según el Art. 108° CP).

De ahí que esas propuestas formulen importantes cambios del Reglamento del Congreso; que en la medida que sean muy complejos podría devenir en la dificultad para su aprobación y por ende redundaría en la no implementación del derecho a la consulta previa para medidas legislativas.

Es por ello que consideramos importante, al elaborar una propuesta, orientarla en la búsqueda de la viabilidad de implementación de la misma, para lo cual sería

34 Tomado de la Ponencia de Johanna del Pilar Cortés Nieto en el I Foro Internacional: “El derecho a la consulta previa de medidas legislativas”. En <https://docs.google.com/a/pucp.pe/file/d/0B5hWn-aDuaOqWWWhDc3FPNHZtUjA/edit>.

35 • Comisión Multipartidaria del Congreso de la República encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas.

- Proyecto de Ley 3344-2008-CR “Proyecto de Resolución Legislativa que establece el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas conforme al Convenio 169 OIT y modifica diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República”.
- Propuesta del Dr. César Delgado Guembes “La consulta previa a los pueblos indígenas y el proceso legislativo peruano (Convenio OIT 169)” de mayo del 2012.
- Análisis de la ley de consulta previa a los pueblos indígenas y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de Ley forestal y de fauna. Comisión Agraria del Congreso de la República. Noviembre 2010.
- Propuesta para la regulación del derecho a la consulta pre legislativa a pueblos indígenas, la iniciativa legislativa indígena y los canales de comunicación entre el parlamento y los pueblos indígenas. Instituto de Defensa Legal (IDL). Agosto 2012.
- Informe “Implementación del Derecho a la consulta previa, libre e informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República”. Grupo de Trabajo “Reglamento e implementación de la Ley de consulta previa en el Congreso de la República”. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y ecología. Período Legislativo 2011-2012.

País	Incorporación constitucional	Consulta en Procedimiento Legislativo	Instrumento	Metodología	Vinculatoriedad del acuerdo
Bolivia	SI Art. 30.II Art. 352	SI	Anteproyecto de Ley Marco de Consulta presentado por la Comisión nacional de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB).	<ol style="list-style-type: none"> 1. Toma de contacto con los pueblos que podrían ser afectados. 2. Reuniones explicativas e informativas. 3. Toma de decisiones por parte de los pueblos. 4. Suscripción de acuerdos. 	SI
Ecuador	SI Art. 57 inc. 7 y 17	SI	Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fase de preparación. 2. Fase de convocatoria pública. 3. Fase de información y realización. 4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa. 	NO
Colombia	SI Art. 330	SI	No existe un instrumento, sino desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre este derecho.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Preconsulta para fijar la metodología, de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos a consultar (C-208/07, C-030/08). 2. Debe garantizarse la comunicación efectiva. 3. Debe surtir con voceros representativos de las comunidades. En el caso de medidas legislativas, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones. 4. Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996 (C-030/08). 5. Debe ser oportuna: antes que se tome la decisión. 6. Los resultados de la decisión deben tener incidencia en la decisión – intervención útil. 	NO Sin embargo, la misma Corte Constitucional de Colombia señala que los resultados de la consulta deben tener incidencia en la decisión-intervención útil.

importante complementar, en lo que corresponda, lo que ya establece la Ley N° 29875, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Con esto habría unidad de criterio en la legislación de la materia aplicable a las entidades del Estado, lo cual redundará en mayor previsibilidad y simpleza para los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, debemos contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad del Congreso, para lo cual consideramos necesario promover complementariamente espacios de participación ciudadana; empoderar la labor de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos Ambiente y Ecología, e identificar instancias dentro del Congreso, que complementando la labor del Pleno, puedan ser representativas en un proceso de diálogo con las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.

Antes de presentar nuestra propuesta de implementación de la consulta previa en el procedimiento legislativo, pasaremos a analizar la propuesta de la Congresista Verónica Mendoza, la cual ha presentado el Proyecto de ley N° 1183/2011-CR "Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República y agrega como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre medidas legislativas que les afecten", el cual inicialmente solo fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento y recién a principios de enero de 2013 fue derivado a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

- **Proyecto de Ley N° 1183/2011-CR presentado por la congresista Verónica Mendoza. Resumen**
El Proyecto de Ley propone el Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los pueblos indígenas, incluyéndolo como un Anexo II del Reglamento del Congreso de la República.

Dicho Procedimiento consta de 40 artículos y 6 Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales.

Tiene como antecedente al Proyecto de Ley N° 3344/2008-CR, que "Propone modificar los artículos 27°, 35°, 65°, 70°, 73°, 75°, 77° y 78° del Reglamento del Congreso, y establecer el procedimiento de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas del Perú,

establecida en el artículo 6° del Convenio 169 OIT", presentado el 18 de junio de 2009 por el Grupo Parlamentario Nacionalista Unión por el Perú.

Contenido

- A) Criterios de identificación de los proyectos de medidas legislativas
- Aplicación de los criterios de "afectación" y "aparición de afectación" (Art. 2° y Artículo 15°, tercer párrafo, del Proyecto de Ley)
 - El criterio de "**afectación**" es definido como "*El efecto jurídico de una norma cuyo contenido sea susceptible de modificar directa o indirectamente la vida, identidad cultural o goce del territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas, independientemente de que su carácter sea general o abstracto, de que su propósito busque beneficiarlos o no, o de que su contenido les haga referencia explícita o no*" (Art. 4, literal b), del Proyecto de Ley)
 - El criterio de "**aparición de afectación**" es regulado de la siguiente manera: "*Se presume que pudieran afectar a los pueblos indígenas los proyectos de medida legislativa cuyo contenido verse sobre las siguientes materias generales: Amazonía, propiedad y posesión rural, régimen agrario, ordenamiento territorial, ambiente y recursos naturales, justicia intercultural, derechos de igualdad y no discriminación, derechos culturales y religiosos, educación rural, patrimonio inmaterial, propiedad intelectual, minería, energía, hidrocarburos, infraestructura eléctrica y gasífera*" (Art. 13° del Proyecto de Ley)
- B) Participación de los indígenas o pueblos indígenas en todo el proceso de producción normativa (Art. 4°, literal j; Art. 5°, literal e; y, Art. 7° del Proyecto de Ley)
- C) Reconocimiento del principio de no sujeción a mandato imperativo (Art. 5°, literal f, y Art. 35° del Proyecto de Ley)

- D) Creación de una Comisión Multipartidaria de consulta previa e incorporación de un procedimiento administrativo dentro del procedimiento legislativo (Art. 12°; Art° 14, segundo párrafo; Artículo 18°, numeral 18.2; Art. 38°, tercer párrafo; Sexta Disposición Final, Transitoria y Complementaria, numeral 6.5, del Proyecto de Ley)
- E) Documento Legislativo a Consultar (Art. 4°, literal f; Art. 12°, literal a; Art. 15°, primer párrafo; Artículo 26°; Artículo 28; Artículo 30°)
- F) Oportunidad de la consulta (art. 5° literal e)
- G) Propuestas concretas de modificación al Reglamento del Congreso (Tercera Disposición Final, Transitoria y Complementaria del Proyecto de Ley)

Modificación de los artículos 27, 35 y 65 del Reglamento del Congreso de la República:

*“Artículo 27. La organización parlamentaria del Congreso tiene los siguientes órganos (...) e) Las Comisiones, que pueden ser ordinarias, de investigación, especiales y la **Comisión Multipartidaria de la Consulta Previa a los pueblos indígenas.** (...)”*

“Artículo 35. Existen cinco clases de Comisiones: e) Comisión Multipartidaria de Consulta Previa a los pueblos indígenas, responsable de determinar si un proyecto de ley o resolución

legislativa debe ser consultado a los pueblos indígenas, de identificar a las organizaciones indígenas a ser consultadas y de ejecutar el procedimiento de consulta respectivo.

(...)”

*“Artículo 65. Son instrumentos procesales parlamentarios las proposiciones parlamentarias, las **Actas y Planes de Consulta** y los dictámenes e informes de las Comisiones.*

Las Actas y Planes de Consulta previa a los Pueblos Indígenas se definen y elaboran de acuerdo a lo establecido en su propio procedimiento especial. (...) ”

- H) Adecuación de las leyes y resoluciones legislativas vigentes desde el año 1995 a los alcances de la consulta previa (Sexta Disposición Final, Transitoria y Complementaria del Proyecto de Ley)

Análisis

En relación a los criterios de identificación propuestos en este proyecto de Ley, estos se apartan de lo dispuesto por el Convenio 169° OIT, por la Ley 29785 -Ley de Consulta Previa-, por la Sentencia del Tribunal Constitucional y por la Legislación y Jurisprudencia Latinoamericana Comparada. En estos documentos se establece que las medidas legislativas a ser consultadas previamente deben ser aquellas susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios³⁶.

36 El Art. 6 del Convenio 169 de la OIT señala que:

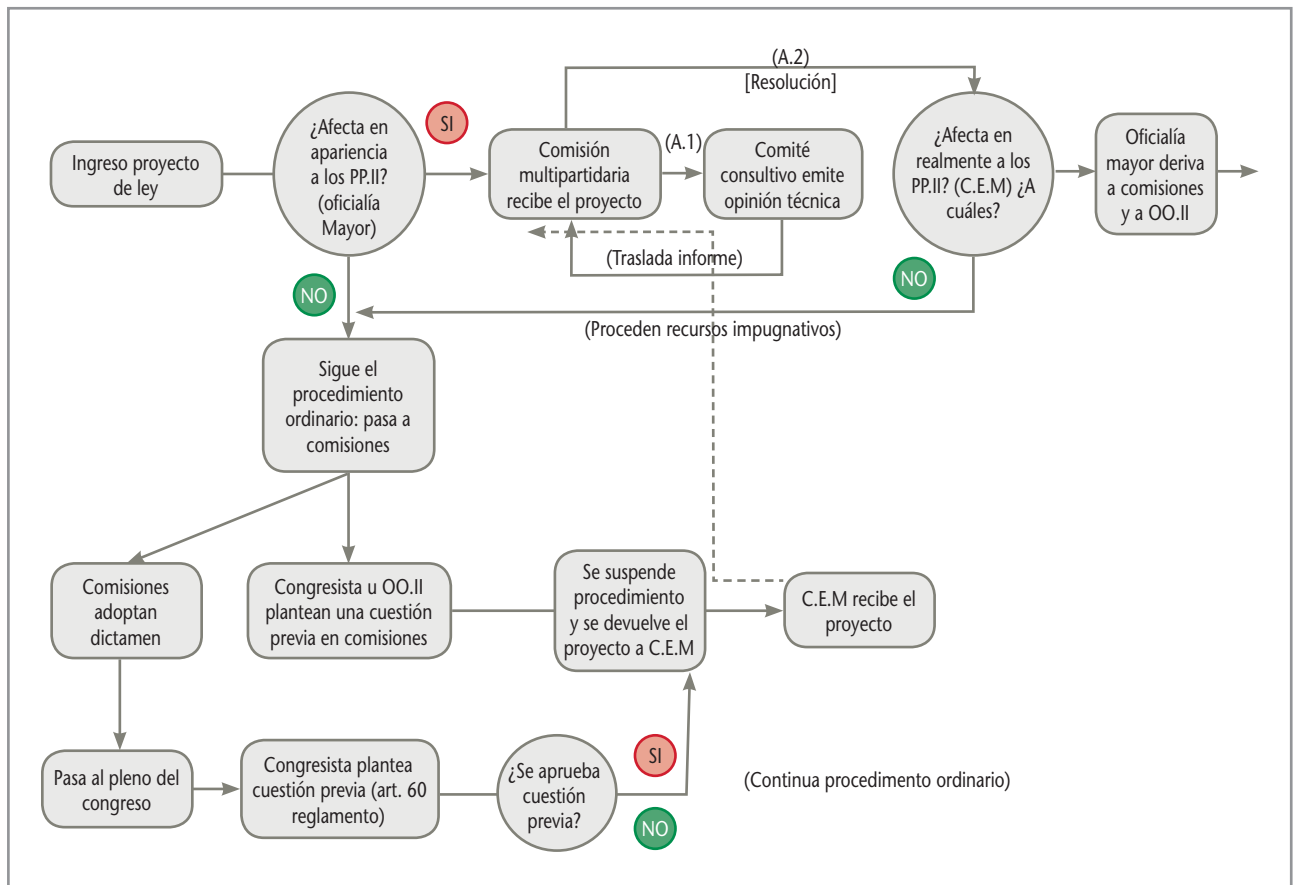
“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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 (subrayado nuestro)”

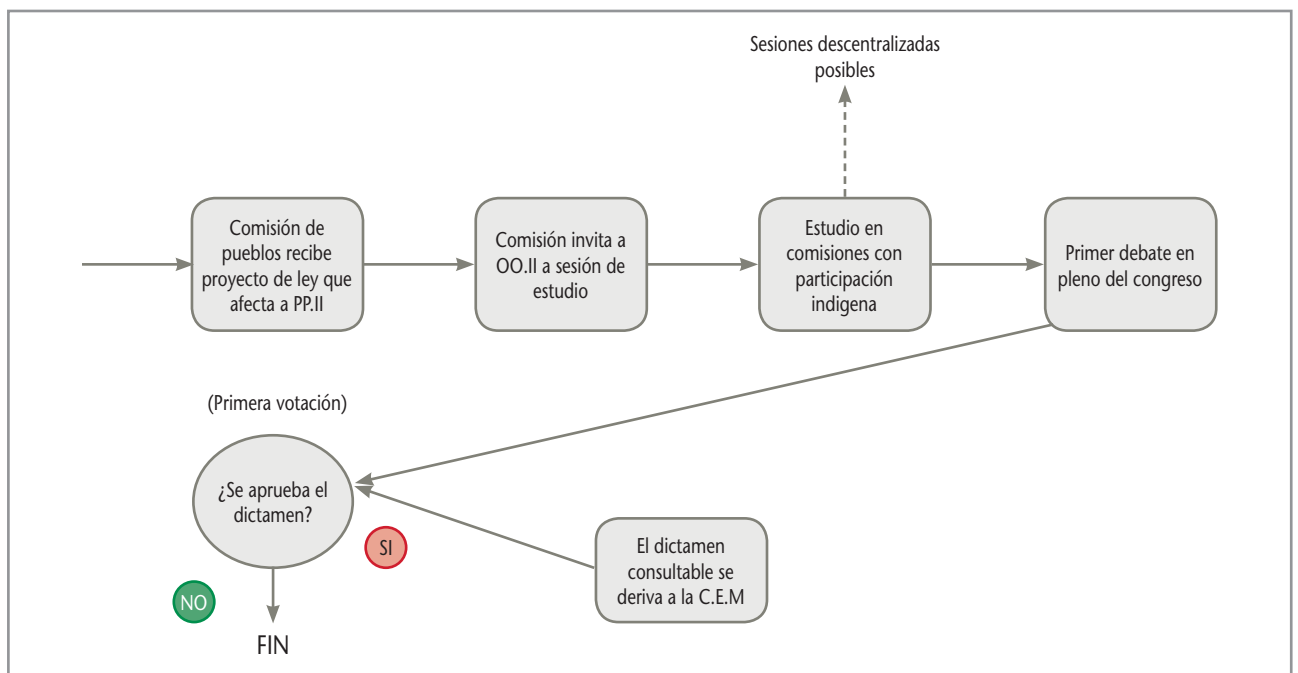
El Art. 2° de la Ley 29785 señala que el derecho a la consulta “Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos (subrayado nuestro), sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”

“() si bien pueden observarse tres tipos de medidas legislativas: aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas; normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas; y aquellas en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas; solo en el primer caso la consulta será obligatoria, por afectarles directamente; y en el tercer caso, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta” [STC 0022-2009-PI/TC, Fundamento. Jurídico N° 21] (subrayado nuestro).

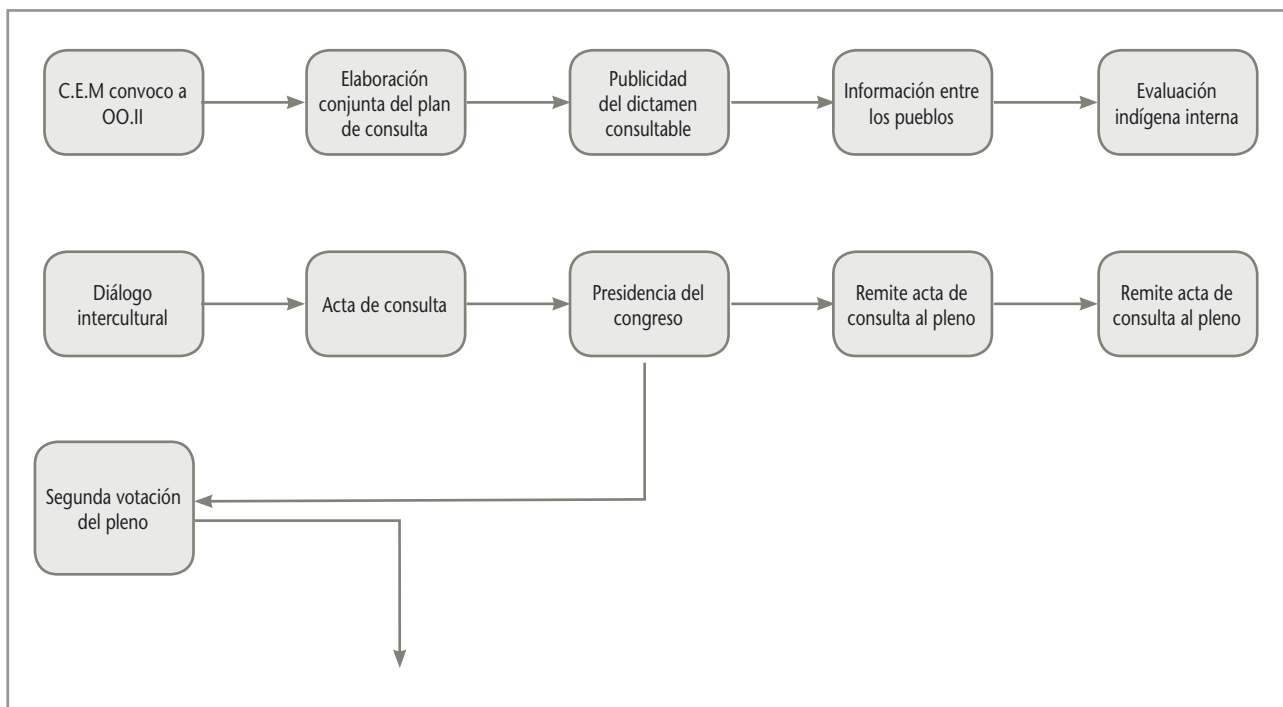
I. ETAPA DE IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA A CONSULTAR Y DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PP.II. A CONSULTAR



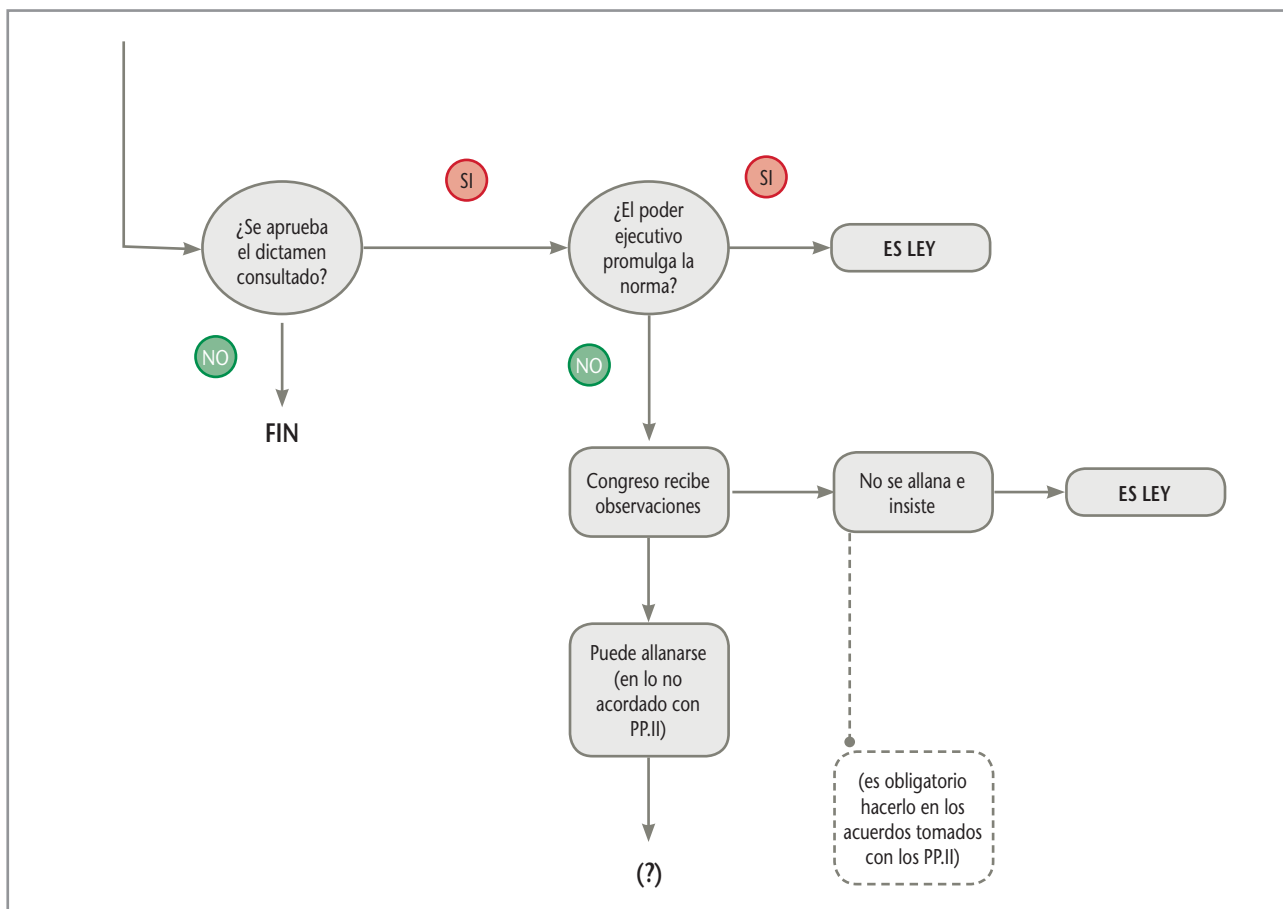
II. ETAPA DE PUBLICIDAD DE LA MEDIDA (PROYECTO DE LEY) Y DE PARTICIPACIÓN INDIGENA EN LA FORMACIÓN DEL DICTAMEN



III. ETAPA DE CONSULTA PREVIA PROPIAMENTE DICHA



IV. DECISION FINAL DEL CONGRESO



- De la redacción de la fórmula legal, se observa que no hay una referencia única a los destinatarios de la consulta previa. Así, en algunos artículos se hace referencia a los “indígenas”, en otras a los “pueblos indígenas” y en otras a los “pueblos indígenas u originarios”
- Se propone la participación de los “indígenas” o “pueblos indígenas” en todas las etapas del procedimiento legislativo, inclusive con asesores cuyos honorarios serán asumidos por el Congreso de la República.
- Se propone que los congresistas “deberán” adjuntar una opinión preliminar y formal de alguna organización indígena sobre su propuesta de ley antes de ingresarlo a la Oficialía Mayor del Congreso de la República. Con esta propuesta: (1) Se corre el riesgo de que la idea o iniciativa que tenga cualquier congresista pueda ser “copiado” por otro congresista u otro interesado; y, (2), desconocer el deber que tienen los congresistas establecido por el Art. 23°, literal e, del Reglamento del Congreso de formular sus proposiciones debidamente estudiadas y fundamentadas. Con dicha propuesta se afectaría el derecho de iniciativa de los congresistas. Los mecanismos de participación ciudadana que por práctica y costumbre parlamentaria realiza el Congreso, así como la consulta previa están diseñados para que la población opine una vez que la propuesta legislativa sea de conocimiento público. El único caso en que se solicita una opinión técnica favorable que debe adjuntarse al Proyecto de Ley es en lo referido a los Tratados Internacionales (Art. 76°, literal f, Reglamento del Congreso)
- No se hace mención a los demás entes reconocidos por la Constitución con derecho a iniciativa legislativa, es decir si estos entes también deberán adjuntar la opinión preliminar y formal de las organizaciones indígenas.
- Hay un reconocimiento expreso del principio de no sujeción al mandato imperativo, sin embargo el mismo colisionaría con lo que se propone en el Artículo 35° del Proyecto de Ley, en el sentido de que los acuerdos adoptados entre las organizaciones indígenas y la Comisión Multipartidaria que se propone crear serán vinculantes. Queda entonces la duda, de para quien será vinculante este acuerdo, ¿para los que intervinieron en la consulta o para los 130 congresistas de la República?
- La Comisión Multipartidaria que se propone crear funcionaría como una instancia administrativa dentro del Procedimiento Legislativo Ordinario; pues tendría la atribución de resolver recursos de apelación ante la denegación de una Comisión Ordinaria de que determinado proyecto de ley sea derivado a la primera Comisión. Inclusive contra lo resuelto por esta Comisión los congresistas o las organizaciones indígenas pueden interponer apelación ante la Presidencia de la República “**con lo que se agota la vía administrativa**” (sic).

En la propuesta no se establece el procedimiento administrativo que se deberá seguir para la imposición de los respectivos recursos impugnativos. Es cuestionable que en un procedimiento parlamentario que tiene sus propios mecanismos de articulación o de decisión parlamentaria se proponga incorporar instituciones del Derecho Administrativo o del Derecho Procesal, más aún cuando en la Séptima Disposición Final, Transitoria y Complementaria del Proyecto de Ley se hace una remisión supletoria solo al Reglamento del Congreso.

Sentencia C-030 de 2008, Consideraciones y Fundamentos, 4.2.2.1, de la Corte Constitucional de Colombia, la cual versa sobre la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 “Ley General Forestal” (*() tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley. Así, en principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual solo se materializa en la instancia aplicativa*) (subrayado nuestro)

- Se observa una confusión respecto a qué documento parlamentario deberá ser objeto de consulta previa. Así, en algunos casos se habla de “Dictamen aprobado en primera votación por el Pleno”; en otras “qué proyectos de medida legislativa”; en otras “proyectos que (...) deben ser consultados previamente”; en otras “Proyecto objeto de consulta”.
- Con respecto a la oportunidad de la consulta, si bien en la etapa en que se propone, esto es, el Dictamen aprobado en 1ra. Votación, se ha llegado ya a un acuerdo político y mayoritario (incluso unánime); sin embargo el principio constitucional de la no sujeción a mandato imperativo podría ser invocado por los congresistas al verse obligados por el Artículo 35° del Proyecto de Ley a acatar lo acordado por la Comisión Multipartidaria y los representantes de los pueblos indígenas y originarios.
- Asimismo, la propuesta resultaría retroactiva en tanto propone que se revisen las normas desde 1995 en tanto ya hayan afectado derecho de los pueblos indígenas, es decir aplicar sobre hechos consumados.
- Asimismo, propone que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología emita un “**Dictamen**” a partir de una “**solicitud**” de los pueblos indígenas para que el Congreso adecúe determinadas leyes y resoluciones de carácter general al debe estatal de consulta previa. Lo pertinente sería que los afectados por esa legislación presenten su iniciativa legislativa por ellos mismos, cumpliendo los requisitos de la Ley de Participación Ciudadana y del Reglamento del Congreso, o a través de cualquier congresista.

II.3.4.1 Propuesta de implementación de la consulta previa en el Congreso

Teniendo en cuenta lo anterior presentamos nuestra propuesta sobre las acciones normativas y organizativas que deberá adoptar el Congreso de la República a efectos de implementar el procedimiento de consulta

previa en la aprobación de las leyes y resoluciones legislativas. Para ello, se desarrollarán los principales aspectos que fundamentan la propuesta y luego se señalará cómo los mismos se verán reflejados en modificaciones al Reglamento del Congreso y en una reforma constitucional.

Aspectos fundamentales de la propuesta

- Establecer “filtros” que permitan, en diferentes etapas del procedimiento legislativo, identificar las proposiciones que pudieran afectar derechos de los pueblos indígenas u originarios, y así identificar tempranamente aquellos proyectos de ley que deberían ser objeto de consulta.
- Así, en la etapa de la iniciativa legislativa, el proponente deberá indicar si su propuesta podría afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Luego, en el momento en que la Vicepresidencia encargada asigna las comisiones dictaminadoras a las cuales debe derivarse el proyecto de ley, se deberá asignar como primera comisión dictaminadora, en caso la propuesta pueda afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, a la Comisión de Pueblos Andinos Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Para ello es importante que se dote a las instancias del Congreso, especialmente la Vicepresidencia, de especialistas de carrera del servicio parlamentario en temas de derechos indígenas de tal forma que realicen un análisis adecuado de las proposiciones legislativas y puedan derivarlos eficientemente, cuando corresponda; a la Comisión de Pueblos Andinos Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología.
- Fortalecer los espacios y mecanismos de participación ciudadana para el análisis y estudio de las proposiciones legislativas a nivel de las comisiones ordinarias, a fin de garantizar que las opiniones, observaciones, comentarios, consultas y todo aporte sea considerado antes de aprobarse el dictamen correspondiente. En este punto debemos señalar que si bien estos mecanismos no son en sí mismos la consulta previa, sin embargo sí complementan su implementa-

ción. Esto es, en la medida que durante el estudio de un proyecto de ley se pueda generar espacios para recoger e incorporar los aportes de la ciudadanía, entre ellos también pueblos indígenas u originarios, estamos sentando las bases para que luego, la consulta previa propiamente dicha, sea un espacio que procure el consenso antes que la confrontación.

Asimismo, la Oficina de Participación Ciudadana del Congreso debería elaborar una guía de participación ciudadana donde considere una descripción clara de los mecanismos de participación, la pertinencia de los mismos según cada comisión y el estado del estudio del dictamen, entre otros criterios y disposiciones que promuevan de manera decidida la participación ciudadana en la aprobación de las leyes y resoluciones legislativas por el Congreso.

- Fortalecer la institucionalidad del Congreso, no solo implementado mecanismos de participación ciudadana y haciendo que los mismos sean efectivos, lo cual permitirá que se legitime la labor del Congreso y se refuerce el carácter representativo de su función; sino además garantizando que la Vicepresidencia encargada cuente con especialistas en temas de derechos de pueblos indígenas para una mejor remisión de las proposiciones a las comisiones especializadas competentes.
- Fortalecer la labor de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, y Afroperuanos, Ambiente

y Ecología, dotándole de personal especialista en temas de derechos de pueblos indígenas y convirtiéndola en primera comisión dictaminadora cuando la proposición esté relacionado con temas de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, se propone otorgarle la responsabilidad de conducir la consulta previa hasta la etapa del proceso de diálogo intercultural, es decir, esta Comisión, por criterio de especialización, será la encargada de identificar a los pueblos indígenas, a tomar contacto con los representantes de los pueblos indígenas, acopiar, organizar y brindar la información a dichos representantes, y en caso que el dictamen haya tenido una opinión favorable por las organizaciones de los pueblos indígenas, presentar ante el Pleno la propuesta a fin de lograr su aprobación. Asimismo será la encargada de coordinar las reuniones de diálogo entre el Consejo Directivo y las organizaciones de pueblos indígenas en caso el dictamen inicial haya sido observado o rechazado por dichas organizaciones o el Pleno haya observado el dictamen previamente consensuado.

- Encargar al Consejo Directivo una labor de representación del Congreso en el proceso de diálogo intercultural con los representantes de las organizaciones indígenas. Esto en la medida que después del Pleno, el Consejo Directivo³⁷ es quizás el espacio plural y de concertación política más importante en el Congreso. ***“La composición plural del Consejo Directivo, es muestra plausible del carácter representativo del Legislativo, reflejo***

37 Reglamento del Congreso de la República:
“El Consejo Directivo del Congreso

Artículo 30. El Consejo Directivo está integrado por los miembros de la Mesa Directiva y los representantes de los Grupos Parlamentarios que se denominarán Directivos-Portavoces elegidos por su respectivo grupo. A cada Directivo-Portavoz titular corresponderá un suplente elegido por cada Grupo Parlamentario. En la conformación del Consejo Directivo se cuidará procurando guardar similar proporcionalidad a la que exista entre los Grupos Parlamentarios en la distribución de escaños en el Pleno del Congreso. Tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Adoptar acuerdos y realizar coordinaciones para el adecuado desarrollo de las actividades del Congreso.
- b) Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General del Congreso, antes de su presentación al Pleno del Congreso por el Presidente (...).”

“Sesiones del Consejo Directivo del Congreso

Artículo 31. El Consejo Directivo del Congreso se reúne siempre antes de la realización de un nuevo Pleno Ordinario y además en todas aquellas oportunidades que lo acuerde o cuando lo convoque el Presidente del Congreso o a solicitud de un tercio del número legal de sus miembros. El quórum para que el Consejo Directivo del Congreso realice sesiones válidas es de la mitad más uno del número legal de sus miembros. Los acuerdos se adoptan por mayoría simple de los presentes.”

*orgánico de un ente tutelar del Estado en el que confluyen las distintas fuerzas políticas del país*³⁸ (Resaltado y subrayado nuestro). Por tanto, consideramos que es la instancia que debería ser la encargada, en representación del Congreso, de dialogar con las organizaciones de las poblaciones indígenas en la búsqueda de un consenso respecto de la medida legislativa consultada, en caso las organizaciones de los pueblos indígenas hayan presentado observaciones o rechazado al dictamen de la propuesta legislativa. Además, por estar constituido por la Mesa Directiva y los Directores Portavoces de cada grupo parlamentario, contribuye a lograr un acuerdo político a nivel del Pleno.

- Lograr la aprobación del Pleno del Congreso de los dictámenes que hayan sido consensuados entre las organizaciones de los pueblos indígenas y el Consejo Directivo. Para ello consideramos importante señalar que más allá de no estar sometido a mandato imperativo, los congresistas como representantes de la Nación deben considerar, por un lado la obligación de cumplir con lo señalado en el Convenio 169, porque es un tratado al cual se ha sometido el Estado y porque regula derechos fundamentales de los pueblos indígenas; y, por otro lado, en la medida que los pueblos indígenas son parte de la Nación y los congresistas son representantes de la nación, deben tener muy en cuenta los acuerdos que pueda alcanzar el Congreso, a través de su Consejo Directivo, con los pueblos indígenas como parte de la consulta previa. En caso no haya un consenso o un acuerdo, será siempre el Pleno quien decidirá.
- Necesidad de una reforma constitucional que reconozca expresamente la consulta previa como un derecho de los pueblos indígenas y en particular que los acuerdos que se alcancen con el Estado, a todo nivel e instancia, son de obligatorio cumplimiento para las partes que

suscriben dicho acuerdo. Esto en la medida que más allá de una interpretación constitucional a favor de los derechos de los pueblos indígenas y de la consulta previa, es importante que, vía una declaración del Tribunal Constitucional o vía una reforma constitucional, se establezca claramente que los acuerdos que se alcancen con los pueblos indígenas, en caso de haberlos, son de obligatorio cumplimiento para la Estado, incluyendo obviamente al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo.

Lo anterior se complementa o tiene fundamento en que el hecho que uno de los pilares de la consulta previa es el principio de buena fe que se ve reflejado no solo en la conducta de las partes, sino sobre todo en el cumplimiento de los acuerdos adoptados. El Tribunal Constitucional en el fundamento 27 del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC (Caso TUANAMA y otros) señala que *“(...) el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.”* (Resaltado y subrayado nuestro)

- Estas propuestas se materializan además en una serie de modificaciones en el Reglamento del Congreso, y una reforma constitucional; las mismas que serán detalladas en el punto 1.5. de este documento.

II.3.5. Derecho de Petición

El segundo y tercer párrafo del Artículo 9º 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 (OIT), establecen que:

38 Bernales Ballesteros, Enrique y otros. Manual Parlamentario. Serie: Democracia N° 5. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2002, pág. 119.

“(…) Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.”

El derecho de petición de los pueblos indígenas u originarios reconocidos en la disposición anterior ha sido reglamentado por el Artículo 9° del Reglamento de la Ley N° 29785, D.S. N° 001-2012-MC; norma que solo es aplicable al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, concordante con precitado segundo párrafo del Artículo 9° de la Ley N° 29785, en nuestra propuesta de incorporar como Anexo II del Reglamento del Congreso de la República el **“Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”** se ha reconocido dicho derecho a los pueblos indígenas u originarios de las siguientes formas:

II.3.5.1 Con respecto a la identificación de la medida legislativa objeto de consulta

En el segundo párrafo del Artículo 6° de nuestra propuesta se establece que *“(…) Los representantes de las*

instituciones u organizaciones de los pueblos indígenas u originarios podrán solicitar el uso de la palabra ante el pleno de la comisión dictaminadora para sustentar que determinado pre-dictamen puede afectar sus derechos colectivos y por tanto pueden pedir que sea objeto de consulta previa. La comisión resolverá con el voto de la mayoría simple si acuerda aceptar el pedido.”

II.3.5.2 Con respecto a la Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados

El tercer párrafo del Artículo 8° de nuestra propuesta señala que *“(…) En caso los representantes de las instituciones u organizaciones de los pueblos indígenas u originarios consideren que un pueblo indígena podría ser afectado por una medida legislativa, y no ha sido considerado por las comisiones dictaminadoras, podrán solicitarles que se considere la participación de sus representantes en la consulta previa. La comisión dictaminadora remitirá la solicitud al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base de Datos, de ser el caso.”*

De otro lado, por la naturaleza política de los órganos decisores del Parlamento (ya sea el Pleno de las Comisiones o el Pleno del Congreso de la República como última instancia) no resultaría aplicable proponer un procedimiento administrativo para el derecho de petición de los pueblos indígenas u originarios. Es más, el tercer párrafo del Artículo 9° de la Ley N° 29785, antes citado, prevé la posibilidad de recurrir a la vía judicial ante una denegatoria a lo petitionado por los pueblos indígenas u originarios solo cuando se trata del Poder Ejecutivo, el cual está sujeto y reglado a lo dispuesto por la Ley General del Procedimiento Administrativo General y demás normas administrativas aplicables.

El Reglamento del Congreso de la República establece sus propios instrumentos de actuación parlamentaria como la Cuestión Previa³⁹ y la

39 Reglamento del Congreso de la República
Cuestiones de orden

Artículo 59. En cualquier momento del debate, con excepción de aquel en el que se desarrolla la votación, los Congresistas pueden plantear una cuestión de orden, a efecto de llamar la atención sobre la correcta interpretación y aplicación del Reglamento del

Reconsideración⁴⁰ a la votación. Si bien estos instrumentos solo lo pueden ejercitar los congresistas de la República, sin embargo promoviendo y fortaleciendo diversos mecanismos de participación ciudadana permitirá que los representantes de los pueblos indígenas u originarios pueden ser escuchados en los argumentos de su derecho de petición, lo cual brindará mayores elementos de juicio a los congresistas a la hora de decidir o ejercitar la Cuestión Previa o Reconsideración, ante una denegatoria por el Pleno de la Comisión Dictaminadora. Inclusive durante el debate del Pleno vía cuestión previa cualquier congresista podría plantear que determinado pueblo indígena también debería ser incorporado en la consulta previa.

II.3.6 El Principio de No Sujeción a Mandato Imperativo y las propuestas de implementación de la consulta previa en el procedimiento legislativo

Tal como señala el primer párrafo del Artículo 93° de la Constitución Política del Estado “Los congresistas

representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.”

Dicha disposición constitucional consagra el Principio de No Sujeción a Mandato Imperativo de los congresistas de la República. “*Aunque el cargo lo deben al origen popular de la elección, no representan directamente a los electores. Los parlamentarios son intermediarios, porque es la Nación la que les otorga el mandato y las facultades de legislar, controlar y fiscalizar. Por tanto, actúan con criterio de conciencia y alejados de toda presión. Este argumento es el fundamento por el cual los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo (...)*”⁴¹

Al respecto, las propuestas que se han formulado para implementar la consulta previa en el procedimiento legislativo de aprobación de medidas legislativas, incluida la nuestra, tienen como un serio obstáculo la observancia del referido Principio.

En efecto, realizado la consulta previa sobre determinada medida legislativa que podría afectar algún derecho colectivo reconocido por el Convenio 169

Congreso. Deben citar el artículo o los artículos materia de la cuestión. El Presidente concederá un máximo de dos minutos para plantearla y de inmediato la someterá sin debate a votación. En casos excepcionales puede abrir debate señalando el tiempo máximo que concederá a cada orador para intervenir. En caso de duda extrema que no pueda ser dilucidada de inmediato por el Pleno, el Presidente enviará el asunto a la Comisión de Constitución y Reglamento, para que opine a más tardar dentro de los tres días, suspendiéndose el debate sobre la materia.

Las decisiones del Pleno en materia de cuestiones de orden serán registradas por la Oficialía Mayor del Congreso. Pueden ser invocadas en casos análogos que se planteen en el futuro.

Cuestiones previas

Artículo 60. Las cuestiones previas se plantean en cualquier momento del debate y antes de las votaciones, a efecto de llamar la atención sobre un requisito de procedibilidad del debate o de la votación basado en hechos o solicitar el regreso de un asunto a Comisiones por no encontrarse suficientemente estudiado. El Presidente concederá un máximo de tres minutos para plantearla y de inmediato la someterá sin debate a votación; sin embargo, en casos excepcionales puede abrir debate, señalando el tiempo máximo que concederá a cada orador para intervenir.

40 Reglamento del Congreso de la República:

Rectificación de las votaciones, reconsideraciones y quórum

Artículo 58. (...) Las reconsideraciones se presentan por escrito luego de las votaciones y su aprobación requiere el voto de más de la mitad del número legal de Congresistas. No proceden los pedidos de reconsideración sobre una reconsideración previamente votada, con excepción del pedido que presenten por una sola vez los voceros de los grupos parlamentarios que representen a los 3/5 del número legal de Congresistas, los que para su aprobación requieren el voto de los 2/3 del número legal de Congresistas. No se puede presentar reconsideraciones después de aprobada el acta o de la dispensa de dicha aprobación (...)

Cuando el resultado de alguna votación sea inferior al quórum establecido, el Presidente queda autorizado para volver a someter el tema a votación el mismo día, sin necesidad de que sea tramitado con una reconsideración y continuándose la sesión con el debate de otros asuntos.”

41 Bernales Ballesteros, Enrique y otros. Manual Parlamentario. Serie: Democracia N° 5. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2002, pág. 72.

de la OIT de los pueblos indígenas u originarios y habiéndose llegado a un acuerdo entre los representantes de dichos pueblos y los representantes del Congreso de la República (Consejo Directivo, Junta de Portavoces, Comisión Multipartidaria, o cualquiera otra que se proponga), ese acuerdo no será vinculante para los 130 congresistas de la República porque estos, dado el caso, podrán ampararse en el referido Principio para no acatar lo acordado previamente por los congresistas encargados de la consulta previa; por tanto, cualquier consulta previa a realizarse corre el riesgo de ser ineficaz si la mayoría de los congresistas decide invocar el mencionado Principio en el momento del debate y votación de la respectiva medida legislativa.

De esta manera, paralela a la implementación de la consulta previa en el procedimiento legislativo consideramos necesario hacer una reforma constitucional que reconozca el carácter vinculante de los acuerdos adoptados por los representantes de los pueblos indígenas u originarios y los representantes del Estado a todo nivel.

II.4. Identificación de los dictámenes y leyes aprobadas en lo que va del Período Parlamentario 2011-2016, que podrían ser susceptibles de ser consultadas o debieron ser consultadas, así como los que no deberían ser sometidos a consulta previa

Para la identificación de los dictámenes y leyes aprobadas que podrían ser susceptibles de ser consultadas o debieron ser consultadas, es importante previamente tener en cuenta el tipo de medida legislativa materia de análisis; y sobre la cual se aplicará el criterio que se propone a fin de determinar si afecta derechos colectivos de pueblos indígenas.

II.4.1 Tipología de medidas legislativas

Respecto a la tipología que debe observarse para efectos de la consulta previa, el Tribunal Constitucio-

nal ha establecido que las medidas legislativas (leyes y resoluciones legislativas), pueden ser al menos de tres tipos: *“En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica*

de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.” (Resaltado y subrayado nuestro) [STC 0022-2009-PI/TC, Fundamento. Jurídico N° 21].

Ahora bien a lo señalado por el Tribunal debemos agregar como otra clasificación las que denominamos “normas particulares”, es decir las resoluciones legislativas, que están referidas a regular casos específicos y particulares.

A modo de aclaración, las resoluciones legislativas son aquellas que el jurista peruano Enrique Chirinos Soto ha definido como *“la ley del caso particular”*. En puridad, representan una excepción a la característica de la generalidad de la ley, que señala que éstas son dadas para regir de manera colectiva. Se trata de dispositivos que asignan atribuciones, deberes o sanciones a personas específicas; o que otorgan validez a determinados hechos. En suma, todo lo que no tenga calidad de generalidad ni determinación de normas preceptivas permanentes.

Dentro de las resoluciones legislativas encontramos la aprobación de tratados; la concesión de prórroga del estado de sitio; la autorización del ingreso de tropas extranjeras; la declaración de guerra y firma de paz; la autorización al Presidente de la República para salir del país; el nombramiento del Defensor del Pueblo o los miembros del Tribunal Constitucional; la imposi-

ción de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública; entre otras⁴².

Medidas legislativas declarativas

Por otro lado, del análisis y revisión del inventario de las medidas legislativas aprobadas en lo que va del presente Período Parlamentario, se han identificado medidas con contenido declarativos; es decir, normas que carecen de mandato vinculante o imperativo, dictadas como afirmaciones válidas por sí mismas, más que como hipótesis de que a tal supuesto debe seguir tal consecuencia, por lo que tienen la particularidad excepcional de carecer de un supuesto explícito. Sin embargo, el que las normas carezcan de supuesto no implica, sin embargo, que no sean obligatorias. Todo lo contrario, mantienen su vigencia y obligatoriedad⁴³.

Este es el caso de las medidas legislativas que declaran una materia de “necesidad pública e interés nacional”, son de carácter declarativo, puesto que su desarrollo de contenido y procedimental se deberá dar a través de un reglamento.

Sobre las medidas legislativas declarativas de necesidad pública e interés nacional

Las medidas legislativas que declaran un asunto de “necesidad pública e interés nacional”, son aquellas cuya pretensión orienta la actuación del Estado en pro de asegurar en concreto situaciones que benefician a la ciudadanía en su conjunto. Para tal efecto la norma toma como referencia los aspectos o condiciones consideradas como útiles y valiosas en la Constitución⁴⁴. En opinión del Dr. César Landa Arroyo, en la entrevista realizada con ocasión de este Informe, las normas declarativas generalmente son mandatos que el legislador establece al Poder Ejecutivo para que éste priorice la ejecución de una determinada obra o infraestructura, ante la imposibilidad del legislador de proponer alguna iniciativa de gasto en la ejecución del presupuesto.

En base a lo anterior es importante señalar que las normas declarativas, si bien en general no regulan un mandato concreto, sin embargo en algunos casos podrían contener artículos que, más allá de ser declarativos, podrían afectar la situación jurídica de los sujetos a los que regula; por lo que el análisis de este tipo de norma debe realizarse caso por caso para efectos de determinar si deben ser objeto de consulta previa.

II.4.2 Criterio de Identificación Propuesto

De lo señalado en el punto anterior, para el Tribunal Constitucional Peruano correspondería la aplicación del procedimiento de consulta previa en dos casos: el primero, en el caso de las medidas legislativas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, y en segundo lugar en aquellas normas de alcance general que requieran establecer, en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas, y en la medida que estas referencias normativas modifiquen directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial.

Sin embargo, y pese a lo señalado por el Tribunal Constitucional, y en base al análisis de los dictámenes y leyes aprobadas en lo que va del presente Período Parlamentario, consideramos que es importante no limitar el análisis de la afectación directa a las normas específicas y generales con referencia a pueblos indígenas, sino a todo tipo de medida legislativa, porque incluso algunas generales o particulares pueden en su texto contemplar disposiciones que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas tutelados por el Convenio 169 OIT.

Por tanto, el criterio para determinar las medidas legislativas susceptibles de consulta previa será el de **AFECTACIÓN DIRECTA** y su aplicación será “*el análisis casuístico, porque de la estructura y contenido de*

42 GARCÍA TOMA, Víctor & GARCÍA YZAGUIRRE, José. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

43 RUBIO CORREA Marcial. *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, 2012, pág. 90.

44 GARCÍA TOMA, Víctor & GARCÍA YZAGUIRRE, José. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

*cada medida dependerá si existe o no una afectación directa para los pueblos indígenas.*⁴⁵

El criterio de la afectación directa es recogido por el referido Convenio cuando estipula en el artículo. 6.1. que:

“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**:(...)”*
(Resaltado y subrayado nuestro)

Asimismo, la Ley 29785 establece que su objeto es *“desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les **afecten directamente**”* (Resaltado y subrayado nuestro), y se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT.

Por tanto, se establece el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas *“que **afecten directamente sus derechos colectivos**, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que **afecten directamente** estos derechos”* (Resaltado y subrayado nuestro) (Art. 2 Ley N° 29785).

II.4.2.1 Determinación de afectación directa

Para establecer los alcances de la “afectación directa” debemos revisar tanto la normativa vigente como jurisprudencia nacional y comparada.

En ese sentido, y según el Artículo 3°, literal b), del D.S. N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa, *“Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.”*

Dicha definición normativa sigue la línea del Tribunal Constitucional Peruano señalada en la Sentencia N° 025-2009-TC, Fundamento Jurídico N° 21, antes citado, y en donde se entiende que la afectación directa implicaría *“una modificación de la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial.”*

Asimismo, en la Sentencia C-030 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual versa sobre la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 “Ley General Forestal”, la Corte Constitucional de Colombia se propuso establecer cuando resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa; estableciendo que *tratándose específicamente de medidas legislativas, “es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente*,”* evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley. Así, en principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual solo se materializa en la instancia aplicativa.⁴⁶ (Resaltado y subrayado nuestro)

Se evidencia así la concordancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano con la Corte Constitucional de Colombia, en relación a la aplicación de la consulta previa en medidas legislativas, solo cuando, luego de identificar el tipo de medida legislativa, ésta cumpla con el criterio de afectación directa.

45 <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-317-12.htm>: Sentencia C-317/12, numeral 4.1.2

46 Sentencia C-030 de 2008, Consideraciones y Fundamentos, 4.2.2.2.1.

*Subrayado nuestro.

Dada la concordancia en relación al criterio de identificación que establece la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Peruano, pasamos a reseñar el desarrollo jurisprudencial colombiano en relación a la determinación de la ocurrencia de afectación directa, específica y particular derivada de una medida legislativa.

Como lo señala la Corte Constitucional de Colombia, *“hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”*⁴⁷ Es decir el análisis de la afectación directa es independiente de que la misma sea positiva o negativa.

Cabe señalar al respecto que de las entrevistas realizadas, como parte del presente Informe, se recogió una opinión que incluso señalaba que no debía hacerse la distinción entre afectación directa e indirecta, ya que la afectación es una sola, por tanto, una medida afecta o no afecta, por lo que no cabe utilizar el término “afectación indirecta”. Enfatizando el hecho que pensar en afectación directa o indirecta significaba además definir quién será el encargado de decidir ¿qué es afectación directa y cuál es la gravedad de la misma?

Asimismo, en la sentencia C-030/08, la Corte Constitucional de Colombia precisó que *la especificidad que se requiere de una medida para que active el deber de consulta, se puede derivar o bien del hecho de que regule una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas*⁴⁸.

En este sentido, *“en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se*

*desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”*⁴⁹.

Además, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-175/09, la misma que versa sobre la demanda de inconstitucionalidad del estatuto de desarrollo rural, profundizó en la delimitación de los criterios para identificar cuándo existe una afectación de los grupos étnicos directa, específica y particular, derivada de una medida legislativa, que activa el deber de consulta previa, para lo que proveyó distintas formulaciones de la regla:

- i. *“Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica solo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.*
- ii. *“(…) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos.”.*
- iii. *“(…) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, (...) que contiene aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de*

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030/08. Consideraciones y Fundamentos 4.2.2.2.1.

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-196/12. Consideraciones y Fundamentos 4.4.1.

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030/08. Consideraciones y Fundamentos 4.2.2.2.1.

protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

- iv. *“Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”. Aquí cabe acotar que la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso.*
- v. *“la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”.*
- vi. *“aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”.*

Por tanto, atendiendo a la especificidad, intrínseco a la determinación del criterio de afectación directa, estaremos ante la misma “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”⁵⁰. Pero además, la afectación directa en sí misma conlleva una afectación relacionada a las materias reguladas en el Convenio 169 de la OIT, lo que comprende, tal como expresa la Ley 29785, las medidas legislativas que afecten directamente sus derechos colectivos,

sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo⁵¹.

Por otro lado, respecto a la gravedad de la afectación de la medida legislativa, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que debe analizarse ésta según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política⁵².

Por lo expuesto, consideramos que el criterio de afectación directa de derechos de los pueblos indígenas es el mejor criterio de identificación de aplicación de la consulta previa en el procedimiento legislativo. Esto permite, por un lado, abarcar la totalidad de lo dispuesto por el Convenio 169, pues, en atención a la jurisprudencia comparada, consideramos afectación directa cuando la medida se relaciona con los derechos colectivos regulados por el Convenio 169 y guardamos concordancia con lo estipulado en la Ley 29785, y, por otro lado, permite no descartar normas que por no referirse a un pueblo indígena identificado no resulten plausibles de ser consultadas.

En conclusión, la afectación directa implica la modificación, positiva o negativa, de la situación jurídica de un pueblo indígena u originario, es decir, de la alteración de un derecho o deber de este pueblo reconocido tanto en nuestra Constitución como en el Convenio 169 de la OIT. La metodología de determinación de la ocurrencia de la afectación directa es una metodología casuística, es decir, de análisis de caso por caso, atendiendo al contenido material de la medida legislativa a analizar, más allá de la sola referencia normativa a términos como “pueblos indígenas”, “interculturalidad” o similares que aludan a dichos pueblos.

Ahora bien, para poder identificar las medidas legislativas que deberían ser objeto de consulta previa, debemos tener en cuenta las siguientes preguntas,

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-063/10.

51 Art. 2 de la Ley 29785.

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175/09.

1. Tipo de medida. ¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?

Como se ha desarrollado anteriormente, debemos identificar si estamos ante: norma de alcance general, norma de alcance general con referencias a pueblos indígenas, norma dirigida exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, norma particular (resoluciones legislativas) o medidas legislativas declarativas. En todos los casos debemos analizar la afectación **directa**.

2. Medidas excluidas de consulta previa. ¿La medida legislativa propuesta está excluida de consulta previa?

A partir de lo analizado y de la revisión de la normativa vigente podemos señalar que, en materia de medidas legislativas, no serán objeto de consulta previa las medidas legislativas que:

- Normas de carácter tributario o presupuestario,
- Normas de seguridad nacional,
- Normas de demarcación territorial,
- Medidas legislativas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias
- Medidas legislativas que se dicten para perseguir y establecer el control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes

3. Criterio de afectación directa. ¿Esta medida legislativa afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios?

En otras palabras, ¿en alguno de sus artículos, la medida legislativa analizada, cambia la situación jurídica o altera de alguna manera el ejercicio de un derecho o deber de algún pueblo indígena u originario?

Entonces, para determinar la afectación directa de una medida legislativa tenemos que tomar en cuenta si el objeto de dicha medida y/o su contenido material modifica la situación jurídica o ejercicio de derechos o deberes de un pueblo indígena u originario; señalando el artículo en el cual dicha afectación se concretaría. Puede ser una afectación “positiva o negativa” sin embargo en ambos casos debe ser consultada.

De manera enunciativa, los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, derecho a la identidad cultural, a la no discriminación, a la participación y consulta, a la elección de prioridad de desarrollo, a conservar sus costumbres, a una jurisdicción especial, a la tierra y el territorio, al uso de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios, a no ser trasladados sin su consentimiento, a la salud y la educación intercultural, derecho a condiciones justas de empleo, entre otros.

Es por ello que proponemos la siguiente matriz a fin de identificar con ella las medidas legislativas que deberían ser materia de consulta previa (Ver cuadro de la página siguiente).

Tipo de Medida Legislativa	N°	Fecha de Publicación	Denominación	Análisis de medidas legislativas					CONSULTA	
				Determinación del tipo de medida legislativa				Aplicación del Criterio de Afectación Directa	SI	NO
				Norma particular y/o especial	Norma de alcance general	Norma de alcance general con referencias a los pueblos indígenas	Norma dirigida exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas	Derechos reconocidos en el Convenio 169 OIT (C169)		

La primera columna refiere al tipo de medida legislativa que se analizará (ley o resolución legislativa); adicionalmente se considerará, no siendo medida legislativa, los dictámenes aprobados en lo que va del presente Período Parlamentario 2011-2016.

La segunda y tercera columnas señalan el número de la norma a ser revisada, y su fecha de publicación, respectivamente. Para el presente análisis se revisaron las leyes y resoluciones legislativas desde el inicio del presente Período Parlamentario, es decir desde el 27 de julio del 2011 hasta las aprobadas y publicadas en diciembre de 2012. En el caso de los dictámenes aprobados favorablemente, los que fueron publicados en el Portal del Congreso de la República en lo que va de dicho Período.

La tercera columna señala la denominación o nombre de la medida legislativa, en el caso de los dictámenes se indicará además la comisión donde proviene el dictamen, si hubiera más de una comisión dictaminadora se analizarán los dictámenes respectivos.

Luego se señalan la tipología de las medidas legislativas donde se consigna el tipo de medida legislativa o dictamen, en su caso; es decir, si es una norma de carácter general, de carácter particular o especial (este último caso para resoluciones legislativas, por ejemplo en el caso de nombramientos, o si está referida a un caso especial o particular, etc.), o si es una medida de alcance general con alguna referencia a pueblos indígenas o específica para pueblos indígenas.

En la columna en la que se indica "Aplicación del criterio de afectación directa" se señala los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio N° 169 OIT que podrían ser afectados por la medida o dictamen analizados.

Finalmente, es importante que al llegar a este punto, se revise el dictamen o norma a analizar en el marco de la siguiente pregunta ¿la norma o el dictamen a analizar, en alguno de sus artículos, cambia la situación jurídica de un pueblo indígena u originario, es decir, afecta o altera un derecho o deber de algún pueblo indígena? Si la respuesta es afirmativa, no importa si la afectación es positiva o negativa, entonces debería ser objeto de consulta previa.

II.4.3 Identificación de las medidas legislativas que debieron o deben ser objeto de consulta previa

Para el presente Informe se ha desarrollado un trabajo de revisión, análisis y sistematización de la data estadística de normas legislativas y dictámenes del Congreso de la República publicadas en su Portal Web, en el cual se pudo encontrar todos los dictámenes y leyes aprobadas desde el inicio del presente Período Parlamentario a diciembre del 2012.

La identificación de las medidas legislativas, que debieron y deben ser objeto del procedimiento de consulta previa, han sido sistematizadas en un Inventario Final, a partir de la tipología normativa, y aplicación del criterio de afectación directa, analizando caso por caso.

Dictámenes

El Inventario Final de los dictámenes aprobados y las leyes y resoluciones legislativas que debieron, y deben ser objeto de consulta, se realizó en base a una primera revisión de los 1807 proyectos de ley presentados durante el inicio del presente Período Parlamentario (2011-2016) a la fecha.

De esta primera revisión, realizada en noviembre del 2012, se identificó 258 dictámenes aprobados, sin embargo, al realizar la segunda revisión, en el mes de febrero del presente, éstas cambiaron su estado. Por tanto, de esta segunda revisión, se identificó 197 dictámenes aprobados, a los cuales se les aplicó la metodología casuística para cada tipo de medida legislativa analizando la posible ocurrencia de afectación directa.

Es por ello que luego de la revisión exhaustiva de los dictámenes, hemos podido concluir que si bien algunos de ellos tienen referencia a términos como "pueblos indígenas", "comunidades nativas", "comunidades campesinas" o "interculturalidad" entre otros términos similares; sin embargo no afectan derechos de los pueblos indígenas, es decir no modifican la situación jurídica de dichos pueblos con su regulación, no se otorgan o restringen derechos reconocidos en el Convenio 169 o en nuestra legislación.

A manera de ejemplo, queremos presentar un análisis de algunos dictámenes a fin de aplicar la metodología antes señalada:

- Dictamen sobre los **Proyectos de Ley 296/2011-CR y 740/2011-CR**. Emitido por la Comisión de Vivienda y Construcción, que con texto sustitutorio propone “Ley que promueve la realización de estudios o ejecución de proyectos u obras de acceso al agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas de carácter y utilidad pública”, recaído en el proyecto de Ley 296/2011-CR, Ley de amnistía, fraccionamiento, regularización, saneamiento y compensación de deudas tributarias de las EPS; y en el proyecto de Ley 740/2011-CR, Ley que facilita las donaciones destinadas a la realización del estudio o ejecución de proyectos u obras de saneamiento de carácter y utilidad pública.
 1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***
Este dictamen recae sobre dos proyectos de ley de carácter particular. El destinatario de las disposiciones de la misma, y los derechos y obligaciones generados, son las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento.
 2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***
Si está excluida. El dictamen versa sobre materia tributaria, dado que “exonera a las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento del pago del Impuesto a la renta por un plazo de 03 años, contados a partir de enero del 2013 como consecuencia de las transferencias financieras, y donaciones que reciban de entidades públicas, privadas o mixtas nacionales e internacionales, que estén destinadas exclusivamente a la realización de estudios o ejecución de proyectos u obras de acceso al agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas de carácter y utilidad pública.”
 3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas?***
Este análisis ya no corresponde hacerlo en la medida que es una materia excluida.
- Dictamen recaído sobre los **Proyectos de Ley: 1116/2011-CR y 1192/2011-CR**. Emitido por la Comisión de Salud y Población, que con texto sustitutorio propone la “Ley Reforma del Sistema Nacional de Salud”
 1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***
Ante una norma de carácter general, en tanto pretende regular el Sistema Nacional de Salud. Describe las funciones, alcances y componentes del Sistema Nacional de Salud. Tiene una aplicación general.
 2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa a razón de la materia regulada?***
No está excluida.
 3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente a un pueblo indígena u originario?***
No afecta. De la revisión del objeto y del contenido material de los proyectos de ley, y a pesar que se propone la participación de “asociaciones y organizaciones de poblaciones excluidas” a través del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Indígenas, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), sin embargo no modifica o altera la situación jurídica o el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- Dictamen recaído sobre el **Proyecto de Ley: 332/2011-CR** Emitido por la Comisión de Salud y Población, que con texto sustitutorio propone “Ley General de Inmunizaciones”
 1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***
Ante una norma de carácter general, que establece el marco de las inmunizaciones en el Perú, y como tal tiene un alcance a todos los ciudadanos. En ese sentido pretende regular los principios, competencias y obligaciones a tener en cuenta el proceso de inmunización de la población en el país.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa a razón de la materia regulada?***

No está excluida.

3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente a un pueblo indígena u originario?***

No afecta directamente. Si bien la regulación alcanza de manera general a todos los ciudadanos, incluido los pueblos indígenas, y podría además considerarse que es una disposición que beneficia positivamente a la salud de la población; sin embargo debemos señalar que el proyecto de ley no representa una alteración de la situación jurídica o ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Ahora bien, es importante señalar que sería a través de la implementación de la Estrategia Sanitaria Nacional de Inmunizaciones y del Esquema Nacional de Vacunación, por parte del sector salud, que podría afectarse derechos colectivos de los pueblos indígenas.

- Dictamen recaído sobre los **Proyectos de Ley N° 774/2011-CR, 775/2011-CR y 1038/2011-CR**. Emitido por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos que con texto sustitutorio propone “Ley de Promoción de Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes”

1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***

Ante un proyecto de ley de tipo general. Pretende regular el crecimiento y desarrollo adecuado de las personas, particularmente de los niños, niñas y adolescentes, a través de una serie de acciones y mecanismos que alcanzan a todos los ciudadanos peruanos.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***

No está excluida.

3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente a un pueblo indígena u originario?***

No afecta directamente. En tanto, el objeto de este Proyecto de Ley es establecer una

política nacional de promoción y protección efectiva del derecho a la salud, del crecimiento y desarrollo adecuado de las personas, a través de la implementación de una serie de acciones educativas, de fomento de actividad física, de regulación y supervisión de la publicidad, información y otras prácticas relacionadas con los alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a niños, niñas y adolescentes.

Siendo que dichas medidas no involucran una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, sino que más bien constituyen una política nacional, de alcance a todos los ciudadanos, por lo que en todo caso afectarían el ejercicio de derechos o de elección a todos los ciudadanos peruanos.

- Dictamen recaído sobre los **Proyectos de Ley 104/2011-CR, 139/2011-CR, 141/2011-CR, 282/2011-CR y 530/2011-CR**. Emitido por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social que con texto sustitutorio propone “Ley que modifica el numeral 7.2. del artículo 7° y la tercera disposición transitoria y final de la Ley N° 273602, Ley que aprueba las normas de promoción de sector agrario ”

1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***

Norma de carácter general, que regula el régimen laboral de los trabajadores del sector agrario.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***

No está excluida.

3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios?***

No afecta directamente. Este proyecto de ley regula la situación laboral de todos los trabajadores del sector agrario, estableciendo la remuneración diaria, el descanso vacacional y los casos de despido arbitrario. Su alcance, entonces, afecta la situación de todos los

ciudadanos que cumplan labor de trabajador en el sector agrario en igual medida.

- Dictamen recaído sobre el **Proyecto de Ley N° 97/2011-CR**. Emitido por la Comisión de Justicia y derechos Humanos que con texto sustitutorio propone “Ley que modifica el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 992 que regula el proceso de pérdida de dominio”

1. *¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?*

Norma de carácter general que modifica la Ley de pérdida de dominio.

2. *¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?*

Si se encuentra excluida. El proyecto de Ley busca regular la figura de la pérdida de dominio en los casos de delitos contra la administración pública. Es decir es una medida que se dictaría para perseguir y establecer el control de actividades ilícitas.

3. *¿Esta medida legislativa afecta directamente a un pueblo indígena u originario?*

En la medida que es una materia excluida de consulta previa, no compete realizar el análisis de afectación.

- Dictamen recaído sobre los **Proyectos de Ley 38/2011-CR, 121/2011-CR, 122/2011-CR, 123/2011-CR, 334/2011-CR y 1009/2011-CR**. Emitido por la Comisión Pueblos Andinos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, que con texto sustitutorio propone “Ley que modifica diversos artículos de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos”

1. *¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?*

Norma de carácter general que hace referencia a los pueblos indígenas y originarios. Propone modificaciones a la Ley de Recursos Hídricos entre otros aspectos en los principios que inspira la Ley, así como en la organización de la Autoridad Nacional del Agua.

2. *¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?*

No se encuentra excluida.

3. *¿Esta medida legislativa afecta directamente a los derechos de los pueblos indígenas u originarios?*

No afecta directamente. Si bien el texto normativo del dictamen menciona expresamente a los pueblos indígenas u originarios lo hace para declarar el principio de respeto a los usos y costumbres en el aprovechamiento del recurso hídrico de las comunidades campesinas comunidades nativas o pueblos indígenas u originarios. Sin embargo esta sola referencia no afecta o altera la condición o situación jurídica de los pueblos indígenas, por lo cual no afecta directamente sus derechos colectivos.

Leyes y Resoluciones Legislativas

Por otro lado, en relación a la identificación de leyes y resoluciones legislativas que debieron ser objeto de consulta previa, se realizó una primera revisión de las leyes y resoluciones legislativas publicadas durante el presente Período Parlamentario (2011-2016), identificándose, a diciembre del 2012, 175 leyes promulgadas y publicadas en el Diario Oficial El Peruano. Sobre esta base se realizó una segunda revisión, aplicando la metodología propuesta, identificando tres leyes que debieron ser objeto de consulta:

- **Ley N° 29785** - Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígena u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Publicada el 07/09/2011

1. *¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?*

Norma que regula de manera específica aspectos relevantes de los pueblos indígenas y originarios. Regula el derecho a la consulta previa, libre e informada reconocido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***

No se encuentra excluida.

3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente a los derechos de los pueblos indígenas u originarios?***

Si afecta directamente.

La norma en mención, a lo largo de su texto normativo, afecta directamente el derecho a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas u originarios y que se encuentra regulado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

La afectación se comprueba en la medida que hay un cambio en el ejercicio del derecho de consulta previa en la medida que se establecen los lineamientos y parámetros para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú.

- **Ley N° 29824** –Ley de Justicia de Paz, publicada el 03/01/2012

1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***

Norma general que hace referencia a los pueblos indígenas y originarios. Regula la instancia de Justicia de Paz como órgano integrante del Poder Judicial cuyos operadores solucionan conflictos y controversias mediante la conciliación y a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de justicia de la comunidad y en el marco de la Constitución.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***

No se encuentra excluida.

3. ***¿Esta medida legislativa afecta directamente a los derechos de los pueblos indígenas u originarios?***

Si afecta directamente.

En los artículos VII del Título preliminar, así como en los artículos 34, 35 y 36 del Capítulo

III del Título II sobre ejecución forzadas de actas de conciliación y sentencias, así como en los artículos 61, 62 y 64 del Título V sobre coordinación con actores de justicia comunitaria, la norma en cuestión modifica la situación jurídica de los pueblos indígenas u originarios, estableciéndoles obligaciones – el deber de colaboración - para el apoyo y ejecución de las decisiones de los Jueces de Paz.

Esto afecta los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y originarios en el Convenio 169 OIT, en los artículos 8° (respeto del derecho consuetudinario), 9° (respeto a los métodos jurisdiccionales tradicionalmente usados por los pueblos indígenas) y 12° (derecho de acceso a la justicia).

Para mayor detalle, sugerimos revisar en el punto 1.7. Estudio de caso el análisis a profundidad de esta norma.

- **Ley N° 29908** - Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles para la ejecución de la obra de gran envergadura del aeropuerto internacional de Chinchero – Cusco, publicada el 23/08/2012

1. ***¿Ante qué tipo de medida legislativa nos encontramos?***

Norma declarativa de carácter particular. Declara de necesidad pública la expropiación de bienes inmuebles de dominio privado que sean necesarios para la ejecución del Aeropuerto Internacional de Chinchero en la Región Cusco.

Esta norma si bien es declarativa, sin embargo en su articulado dispone una serie de medidas que se deben cumplir para la construcción del aeropuerto, entre ellas la expropiación de los terrenos aledaños a la obra, así como el pago de la indemnización correspondiente.

2. ***¿Este tipo de medida legislativa está excluida de consulta previa?***

No se encuentra excluida.

3. *¿Esta medida legislativa afecta directamente a los derechos de los pueblos indígenas u originarios?*

Si afecta directamente.

La norma en mención establece en el artículo 1° la expropiación de tierras para la construcción del aeropuerto, asimismo en el artículo 5° establece que el Gobierno Regional del Cusco realizará las acciones necesarias para la compensación, reubicación y/o reasentamiento de la población afectada por la ejecución del proyecto.

Esto afectaría claramente los derechos colectivos de los pueblos indígenas a su tierra y territorio; y a no ser trasladados sin su consentimiento, lo cual está dispuesto en los artículos 13 y 16 del Convenio 169 de la OIT respectivamente.

El Inventario Final de las leyes y dictámenes aprobados, se podrá apreciar en el **Anexo III**.

II.5 Propuesta sobre las acciones normativas y organizativas que deberá adoptar el Congreso de la República a efectos de garantizar la implementación de los procedimientos de consulta previa

En base a la propuesta de implementación de consulta previa referido en el punto 1.3.4. antes desarrollado, se presentan las acciones normativas y organizativas que deberá adoptar el Congreso de la República a efectos de implementar el procedimiento de consulta previa en la aprobación de las leyes y resoluciones legislativas. Esto contempla por un lado modificaciones al texto mismo del Reglamento del Congreso así como incorporar un Anexo II al Reglamento del Congreso.

II.5.1 Modificaciones al Reglamento del Congreso

- **Iniciativa legislativa.** La propuesta contempla que las iniciativas legislativas desde su presen-

tación y luego en la determinación del pase a comisiones contemplen un análisis de si podrían afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. En este último punto se sugiere que en caso se determine que la propuesta puede afectar derechos de pueblos indígenas, se establezca que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ecología y Ambiente sea la primera comisión dictaminadora. Para ello se contempla modificar el Reglamento del Congreso en los artículos 75 primer párrafo y 77 con el siguiente texto:

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental, así como la identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios y de sus derechos colectivos que pudieran ser afectados con la iniciativa. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos solo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Artículo 77. Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la vicepresidencia encargada de procesar y calificar las iniciativas, indicando las comisiones a las cuales serán derivadas. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones.

La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes. En dichos casos

y tratándose de proposiciones que puedan afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, se remitirá al Consejo Directivo para que inicie el proceso de diálogo intercultural con los representantes de las organizaciones de dicho pueblos.

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa calificación de la vicepresidencia encargada. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. Tratándose de proposiciones que puedan afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios derivará como primera comisión dictaminadora a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ecología y Ambiente.

En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.

- **Participación ciudadana.** Derivado el proyecto de ley a las comisiones para su estudio, se propone fortalecer, en esta etapa, los mecanismos de participación ciudadana que garantice un primer conocimiento y opinión de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general sobre el referido proyecto; para lo cual se considera necesario modificar el Reglamento del Congreso en los artículos 70, primer párrafo, y 77, primer párrafo.

Artículo 70. Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una descripción de los mecanismos de participación ciudadana utilizados, la sumilla de las opiniones y aportes recibidos así como

la opinión de la Comisión sobre dichos aportes. Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

Artículo 77, cuarto párrafo (...)

Las Comisiones tienen un máximo de sesenta días útiles para expedir el dictamen respectivo, salvo el caso previsto en el párrafo precedente. Asimismo, implementarán mecanismos de participación ciudadana, tales como audiencias, talleres, pedidos de opinión, buzones de sugerencias, etc.; con el apoyo de la Oficialía Mayor (...)

- **Dictamen a consultar.** Luego de que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y en su caso la otra comisión dictaminadora, apliquen los mecanismos de participación ciudadana durante el estudio respectivo de la proposición legislativa, se deberá promover, un dictamen en conjunto de las Comisiones, siendo ese dictamen conjunto el que será sometido a consulta previa.

En caso una de las Comisiones haya emitido un dictamen sobre la proposición y la otra Comisión no lo haya hecho, podrá la primera solicitar al Consejo Directivo que le otorgue a la otra Comisión un plazo no mayor a 15 días útiles para que emita su dictamen, en caso no lo haga en dicho plazo, el dictamen que haya sido emitido a dicha fecha será el que sea sometido a consulta previa.

Por otro lado, si las Comisiones dictaminadoras emiten dictámenes uno a favor y otro en contra de la proposición, el Consejo Directivo les otorgará un plazo no mayor a 15 días útiles para que presenten un texto sustitutorio consensuado, en caso no lo hagan en el plazo antes señalado, el Consejo Directivo someterá a consulta previa el dictamen favorable.

Finalmente, en caso que las Comisiones emitan cada uno dictámenes favorables, el Consejo Directivo les otorgará un plazo no mayor a 15 días útiles para emitir conjuntamente un texto sustitutorio consensuado que deberá ser materia de consulta previa.

Para ello, se sugiere agregar el artículo 77 A al Reglamento del Congreso

Artículo 77° A En el caso del proceso de consulta previa de las proposiciones que pueden afectar derechos de los pueblos indígenas y que hayan sido derivadas a más de una Comisión, las Comisiones Dictaminadoras promoverán un dictamen en conjunto.

En el caso que una de las Comisiones dictaminadoras haya aprobado la proposición legislativa, el Consejo Directivo otorgará, a la otra Comisión, un plazo no mayor a quince días útiles para que emita su dictamen; caso contrario someterá a consulta previa el dictamen favorable existente.

En caso de las proposiciones legislativas que cuenten con dictamen favorable y negativo de las Comisiones dictaminadoras, se consultará el dictamen favorable.

En el caso que la proposición legislativa haya sido aprobada favorablemente por las Comisiones dictaminadoras, el Consejo Directivo les otorgará un plazo no mayor a 15 días útiles para consensuar un texto sustitutorio que deberá ser materia de consulta previa.

- **Procedimiento de consulta previa. Etapa de determinación de la medida legislativa, identificación de los pueblos indígenas y de información a sus representantes.**

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos; Ambiente y Ecología, cumple un rol muy importante en el proceso de consulta previa, en una primera etapa y como primera comisión dictaminadora deberá realizar un estudio minucioso y técnico de la proposición legislativa, promoviendo para ello la participación ciudadana, especialmente de las organizaciones de los pueblos indígenas, además de promover con especial interés el dictamen en conjunto que será materia de consulta previa.

Luego, y en una segunda etapa, cuando se haya logrado un dictamen consensuado, será la enti-

dad encargada de brindar el soporte técnico en el proceso de diálogo intercultural en el que participe el Consejo Directivo, para ello deberá identificar las organizaciones de pueblos indígenas a consultar, además de ser el responsable de coordinar con dichas organizaciones la remisión de la información necesaria para la consulta, fijando las fechas y lugares para las reuniones de trabajo.

En esta labor, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, contará con el apoyo de la Oficialía Mayor, a través de la Oficina de Participación Ciudadana y del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria. La primera contribuirá, con la Comisión, a implementar los espacios de diálogo y consulta, mientras que el segundo brindará el apoyo en cuanto a la organización de la documentación, los antecedentes y registro de la consulta.

- **Procedimiento de consulta previa: Etapa de diálogo con participación del Consejo Directivo del Congreso**

El rol del Consejo Directivo es importante durante la consulta previa, porque representa el nivel político en el proceso de diálogo intercultural con las organizaciones de los pueblos indígenas. Actúa con el apoyo y soporte de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología y de la otra comisión dictaminadora de ser el caso.

El Consejo Directivo será la Dependencia Representativa del Congreso, encargada de representar al Congreso en el proceso de diálogo intercultural con los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios en el caso que el dictamen o texto sustitutorio consultado haya recibido opiniones desfavorables u observaciones por parte de las organizaciones de pueblos indígenas o haya sido modificado en su texto total o parcialmente por el Pleno del Congreso.

Por parte de los pueblos indígenas, y conforme a lo señalado por el Presidente de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú, Sr. Oseas Barbarán, las organizaciones de base nacional y regional deberían ser observadoras y

cumplir un rol de acompañamiento e información a las comunidades en los procesos de consulta, sin embargo consideramos que a nivel del Congreso, y dada la naturaleza de las medidas legislativas, deben ser las organizaciones, como la CONAP, de alcance nacional, y en algunos casos regional, las que sean los interlocutores válidos representando a los pueblos indígenas en el diálogo con el Consejo Directivo.

Luego del proceso de diálogo con participación del Consejo Directivo del Congreso, éste llevará los resultados del proceso ante el Pleno del Congreso, buscando en todo momento hacer respetar el acuerdo, en caso de alcanzarlo, con los representantes de los pueblos indígenas. En caso no logre un acuerdo en el proceso de diálogo, el dictamen o el texto sustitutorio será sometido al Pleno, que decidirá finalmente. Esta decisión deberá tener en cuenta los aportes y las observaciones de los pueblos indígenas, debiendo además garantizar que se respeten los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto, se sugiere modificar el artículo 30 del Reglamento del Congreso, incorporando un literal N con el siguiente texto:

Artículo 30. *El Consejo Directivo está integrado por los miembros de la Mesa Directiva y los representantes de los Grupos Parlamentarios que se denominarán Directivos-Portavoces elegidos por su respectivo grupo. A cada Directivo-Portavoz titular corresponderá un suplente elegido por cada Grupo Parlamentario. En la conformación del Consejo Directivo se cuidará procurando guardar similar proporcionalidad a la que exista entre los Grupos Parlamentarios en la distribución de escaños en el Pleno del Congreso. Tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

(...)

N. Representar al Congreso en el procedimiento de consulta previa con las organizaciones de pueblos indígenas u originarios; así como adoptar acuerdos con los representantes de dichas organizaciones producto del diálogo intercultural llevado a cabo.

II.5.2 Texto de la Propuesta de Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República e incorpora como Anexo II “Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”

Propuesta de Resolución Legislativa

Artículo 1°. Modificación del Reglamento del Congreso de la República

Modifícase los Artículos 30°, incorporando el literal N; 70°, primer párrafo; 75°, primer párrafo; y 77°, e incorpórase un Artículo 77°A al Reglamento del Congreso con el siguiente texto:

“Artículo 30. El Consejo Directivo está integrado por los miembros de la Mesa Directiva y los representantes de los Grupos Parlamentarios que se denominarán Directivos-Portavoces elegidos por su respectivo grupo. A cada Directivo-Portavoz titular corresponderá un suplente elegido por cada Grupo Parlamentario. En la conformación del Consejo Directivo se cuidará procurando guardar similar proporcionalidad a la que exista entre los Grupos Parlamentarios en la distribución de escaños en el Pleno del Congreso. Tiene las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

N. Representar al Congreso en el procedimiento de consulta previa con las organizaciones de pueblos indígenas u originarios; así como adoptar acuerdos con los representantes de dichas organizaciones producto del diálogo intercultural llevado a cabo (...).”

“Artículo 70. Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una descripción de los mecanismos de participación

ciudadana utilizados, la sumilla de las opiniones y aportes recibidos así como la opinión de la Comisión sobre dichos aportes. Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos (...)”

“**Artículo 75.** Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental, así como la identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios y de sus derechos colectivos que pudieran ser afectados con la iniciativa. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos solo pueden ser dispensados por motivos excepcionales (...)”

“**Artículo 77.** Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la vicepresidencia encargada de procesar y calificar las iniciativas, indicando las comisiones a las cuales serán derivadas. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones.

La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes. En dichos casos y tratándose de proposiciones que puedan afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, se remitirá al Consejo Directivo para que inicie el proceso de diálogo intercultural con los representantes de las organizaciones de dicho pueblos.

De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o

dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa calificación de la vicepresidencia encargada. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. Tratándose de proposiciones que puedan afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios derivará como primera comisión dictaminadora a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.

La solicitud para que una Comisión adicional asuma la competencia sobre un proyecto de ley se resuelve por el Consejo Directivo, el que puede acceder a la petición en forma excepcional, además de acordar ampliar el plazo para dictaminar desde la fecha en que la segunda Comisión conoce el proyecto y por no más de treinta días útiles.

Las Comisiones tienen un máximo de sesenta días útiles para expedir el dictamen respectivo, salvo el caso previsto en el párrafo precedente. Asimismo, implementarán mecanismos de participación ciudadana, tales como audiencias, talleres, pedidos de opinión, buzones de sugerencias, etc.; con el apoyo de la Oficialía Mayor. La Comisión competente califica la admisibilidad de los proyectos de ley, verificando que la proposición cumpla con lo establecido en los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso, así como su compatibilidad constitucional, estando facultada para rechazarla de plano y archivarla. El acuerdo de archivamiento o inadmisibilidad es informado a la Oficialía Mayor. Si son varias las Comisiones, pueden presentar dictamen conjunto.

Cuando se trata de un dictamen de reenvío de la proposición legislativa por efecto de la aprobación de una cuestión previa o reconsideración, por observación formulada por el Presidente de la República, el plazo para dictaminar no puede exceder de treinta días útiles.

El Consejo Directivo dispone que se incluyan los dictámenes en la agenda, a propuesta del Presidente, debiendo ser distribuidos a los Congresistas por correo electrónico con anticipación de veinticuatro horas antes de que se considere el proyecto, sin perjuicio de su publicación en el Portal del Congreso. Solo en los casos en que se justifique la distribución se hace en forma física y, en los casos de suma urgencia, a criterio del Presidente se puede disponer la entrega física domiciliaria.”

Artículo 77° A *En el caso del proceso de consulta previa de las proposiciones que pueden afectar derechos de los pueblos indígenas y que hayan sido derivadas a más de una Comisión, las Comisiones Dictaminadoras promoverán un dictamen en conjunto.*

En el caso que una de las Comisiones dictaminadoras haya aprobado la proposición legislativa, el Consejo Directivo otorgará, a la otra Comisión, un plazo no mayor a quince días útiles para que emita su dictamen; caso contrario someterá a consulta previa el dictamen favorable existente.

En caso de las proposiciones legislativas que cuenten con dictamen favorable y negativo de las Comisiones dictaminadoras, se consultará el dictamen favorable.

En el caso que la proposición legislativa haya sido aprobada favorablemente por las Comisiones dictaminadoras, el Consejo Directivo les otorgará un plazo no mayor a 15 días útiles para consensuar un texto sustitutorio que deberá ser materia de consulta previa.

Artículo 2°. Incorporación del “Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios conforme al Convenio 169 OIT” como Anexo II del Reglamento del Congreso de la República

Incorpórese como Anexo II del Reglamento del Congreso de la República el “Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”

Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios conforme al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Artículo 1°. Finalidad

El presente Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios tiene por finalidad implementar el Derecho a la Consulta Previa de las medidas legislativas aprobadas por el Congreso de la República, y que pudieran afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos por el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Ley 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).

Artículo 2°. Definiciones

Para efectos del presente Procedimiento son aplicables las siguientes definiciones:

Medida Legislativa a ser consultada. *Es el dictamen aprobado favorablemente por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Tratándose de una proposición legislativa que haya sido derivada además a otra comisión dictaminadora, es el dictamen en conjunto o el texto sustitutorio consensuado.*

Comisión Especializada para la Consulta. *La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología es la Comisión encargada de llevar a cabo la consulta previa de la medida legislativa que pudiera afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Brinda el soporte a la Dependencia Representativa del Congreso.*

Dependencia Representativa del Congreso. *El Consejo Directivo representa al Congreso de la República en el proceso de diálogo intercultural con los representantes de los pueblos indígenas u originarios y, en consecuencia, podrá adoptar los acuerdos que correspondan.*

Proceso de diálogo intercultural. *Es el proceso de comunicación intercultural en el que participan los representantes de las organizaciones de pueblos indígenas u originarios y la Dependencia Representativa del Congreso*

con el propósito de consensuar un texto sustitutorio de la medida legislativa sometida a consulta.

Artículo 3°. Criterio de Identificación de la medida legislativa a ser consultada

Para identificar las medidas legislativas a ser consultadas debe observarse lo siguiente:

3.1 Alcance de la norma que se propone aprobar

Identificar si las medidas legislativas están dirigidas a regular aspectos de alcance general, si son medidas particulares o especiales, si tienen alcance general con alguna referencia a los pueblos indígenas u originarios o conciernen en forma exclusiva a dichos pueblos.

3.2 Criterio de afectación directa.

Aquellas medidas legislativas que podrían afectar directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y en su caso la otra comisión dictaminadora, deberá identificar el alcance de la norma que se propone aprobar y luego aplicar el criterio de afectación directa.

Artículo 4°. Medidas legislativas no sujetas a consulta previa

No son objeto de consulta previa aquellas dirigidas a regular temas tributarios, presupuestales y de seguridad nacional.

Artículo 5°. Etapas del Procedimiento Legislativo de Consulta Previa

Son etapas del Procedimiento Legislativo de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios las señaladas en el Artículo 8° 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 (OIT).

Artículo 6°. Identificación de la medida legislativa objeto de consulta

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y en su caso la otra comisión

dictaminadora, identificará la medida legislativa objeto de consulta de acuerdo a lo señalado en el Artículo 3°.

Los representantes de las instituciones u organizaciones de los pueblos indígenas u originarios podrán solicitar el uso de la palabra ante el pleno de la comisión dictaminadora para sustentar que determinado pre-dictamen puede afectar sus derechos colectivos y por tanto pueden pedir que sea objeto de consulta previa. La comisión resolverá con el voto de la mayoría simple si acuerda aceptar el pedido.

Artículo 7°. Prioridad de la medida legislativa a ser consultada

En el caso de la proposición legislativa que puede afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas y que haya sido derivada a más de una comisión, las comisiones dictaminadoras promoverán un dictamen en conjunto.

En el caso de que una de las comisiones dictaminadoras haya aprobado favorablemente la proposición legislativa, el Consejo Directivo otorgará a la otra comisión un plazo no mayor a quince días útiles para que emita su dictamen; caso contrario someterá a consulta previa el dictamen favorable existente.

En el caso de la proposición legislativa que cuente con dictámenes favorable y negativo de las comisiones dictaminadoras, se consultará el dictamen favorable.

En el caso de que la proposición legislativa haya sido aprobada favorablemente por las comisiones dictaminadoras, el Consejo Directivo les otorgará un plazo no mayor a 15 días útiles para consensuar un texto sustitutorio que deberá ser materia de consulta previa.

Artículo 8°. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y en su caso la otra comisión dictaminadora, identificará a los pueblos indígenas u originarios a ser consultados sobre la base del contenido de la medida legislativa propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena u originario y el ámbito territorial de su alcance.

Una vez identificados los pueblos indígenas u originarios a ser consultados se identificará a sus organizaciones

representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

En caso los representantes de las instituciones u organizaciones de los pueblos indígenas u originarios consideren que un pueblo indígena podría ser afectado por una medida legislativa, y no ha sido considerado por las comisiones dictaminadoras, podrán solicitarles que se considere la participación de sus representantes en la consulta previa. La comisión dictaminadora remitirá la solicitud al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base de Datos, de ser el caso.

Artículo 9°. Convocatoria pública

Habiéndose identificado y priorizado la medida legislativa a ser consultada, corresponde a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología llevar a cabo la consulta previa, estableciendo una convocatoria pública mediante los medios de comunicación masiva a fin de hacer de conocimiento a los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarias que pudieran ser afectados con la medida legislativa que se propone.

Artículo 10°. Publicidad de la medida legislativa objeto de consulta previa

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología debe poner en conocimiento de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el entorno en el que habitan, la medida legislativa que podría afectar sus derechos colectivos; sin perjuicio de publicarlo en el Portal del Congreso de la República.

Corresponde a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, con apoyo de las dependencias pertinentes de la Oficialía Mayor, otorgar la información completa y detallada, y de ser el caso traducida en el idioma nativo, a los pueblos indígenas u originarios y sus representantes desde el inicio del procedimiento de consulta previa y con la debida anticipación sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa que se propone.

Artículo 11°. Plan de Consulta

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología elaborará y aprobará un Plan de Consulta con la participación y aporte de los representantes de las organizaciones de pueblos indígenas u originarios que pudieran ser afectados por la medida legislativa, donde establecerse como mínimo, con un enfoque intercultural: el cronograma; la metodología; los plazos a cumplirse; los espacios de diálogo a nivel local, regional y/o nacional a llevarse a cabo; entre otros aspectos.

Artículo 12°. Evaluación interna de las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios

Las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios contarán con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

Terminada la evaluación interna dentro del plazo razonable, los representantes de los pueblos indígenas u originarios deberán entregar a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología por escrito su opinión, comentarios y/u observaciones a la medida legislativa evaluada.

En caso de opinión favorable se anexará al dictamen o texto sustitutorio consensuado para su debate y sustentación en el Pleno del Congreso.

Si la opinión de los representantes de los pueblos indígenas u originarios es desfavorable parcial o totalmente, o si el Pleno modifica o rechaza el texto del Dictamen al que se refiere el párrafo anterior se iniciará el proceso de diálogo con participación de la Dependencia Representativa del Congreso.

Artículo 13° Proceso de diálogo con participación de la Dependencia Representativa del Congreso y Decisión Final

En los supuestos indicados en el último párrafo del artículo precedente, el Consejo Directivo, con el soporte de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología y en su caso de la otra comisión dictaminadora, llevará a cabo el proceso de diálogo intercultural con los representantes de los pueblos indígenas u originarios.

El objeto del proceso de diálogo es lograr un texto sustitutorio consensuado que sea aprobado por el Pleno. En caso no se logre un texto sustitutorio consensuado en el plazo máximo de quince días útiles, se someterá al Pleno un texto que recoja, cuando corresponda, medidas adicionales que permitan garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Los dictámenes o textos sustitutorios aprobados conforme al presente Procedimiento serán exonerados de segunda votación.

Artículo 14°. Aplicación supletoria de la Ley N° 29785
Las disposiciones 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, y de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, son aplicables al presente Procedimiento Legislativo en lo que fuera pertinente.

II.5.3 Propuesta de Reforma Constitucional

Como se ha señalado anteriormente es necesario poder garantizar de manera clara y concreta que los acuerdos a los que pueda arribar los representantes del Congreso con los representantes de los pueblos indígenas sea vinculante y de obligatorio cumplimiento, como lo señala la Ley 29875, Ley de consulta previa. En ese sentido, y en la medida que el Tribunal Constitucional no se pronuncie en ese sentido; consideramos necesario plantear una reforma constitucional.

Asimismo, y dado que la consulta previa está relacionada con el derecho a la participación ciudadana, reconocido por nuestra Constitución, creemos que es en el artículo 31 de la Constitución, en el que debiera darse la reforma constitucional en los siguientes términos:

Artículo 31. Participación ciudadana en asuntos públicos

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser

elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Los pueblos indígenas u originarios tienen el derecho a la consulta previa en la dación de medidas legislativas y administrativas que puedan afectar directamente sus derechos colectivos. En caso de acuerdo con el Estado, éste resulta vinculante.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos

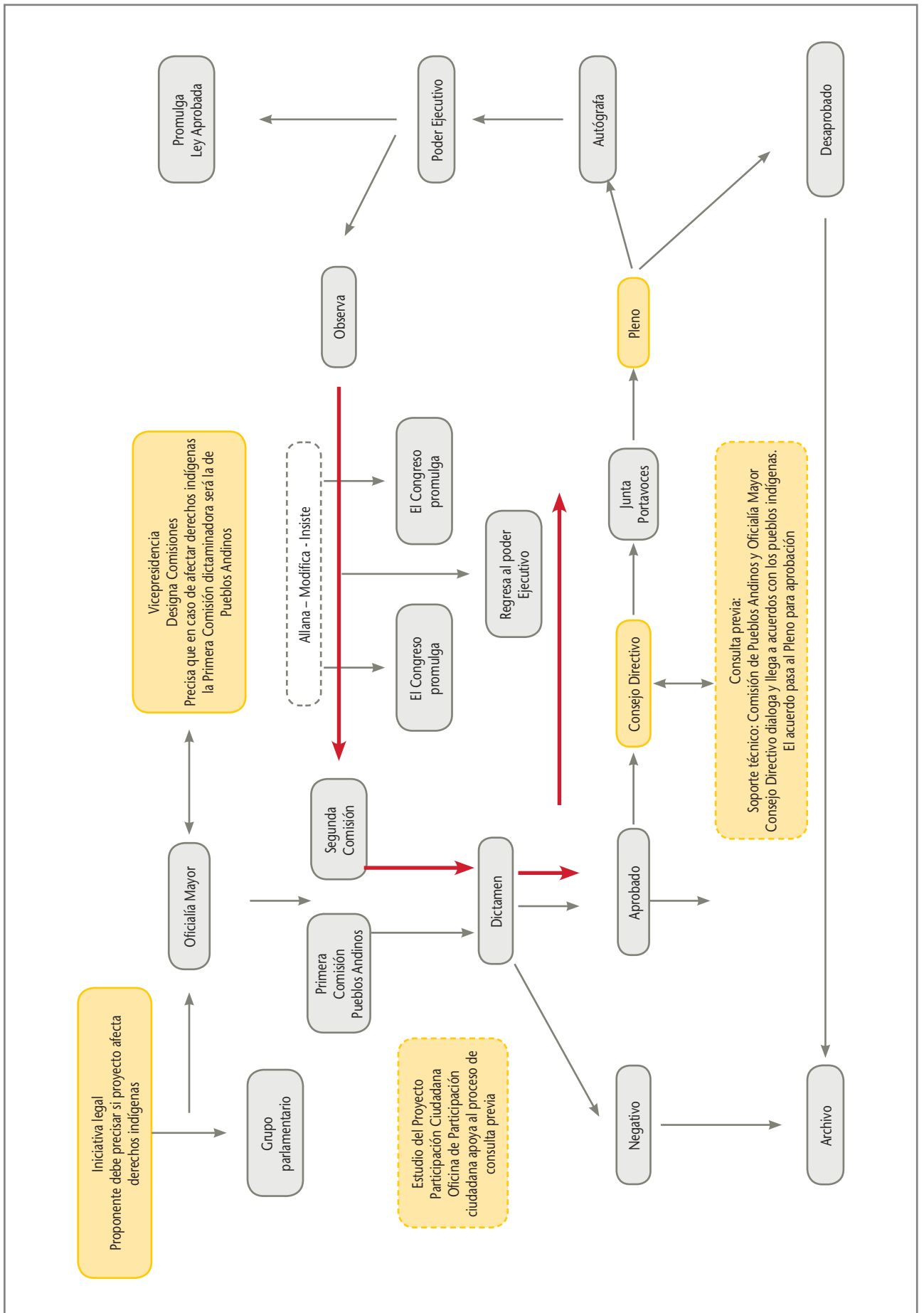
II.6 Flujograma que describe la implementación de la Ley 29785 en un procedimiento de consulta de una ley, que fuera promovida por el Congreso de la República

(Ver diagrama página siguiente)

II.7 Estudio de caso

Hemos escogido como estudio de caso y al haberla identificado como medida legislativa: **Ley 29824 – Ley de Justicia de Paz-** publicada el 03/01/2012

a) **Identificación del tipo de norma:** Norma de alcance general con referencias a pueblos nativos u originarios. A continuación se identifican los principales artículos que hacen referencia normativa a las instituciones de los pueblos indígenas y que podrían potencialmente afectar sus derechos.



Art. VII. Apoyo al juez de paz

El juez de paz, para el adecuado cumplimiento de sus funciones, debe recibir el apoyo del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, el Ministerio del interior, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

Artículo 34. Apoyo de autoridades locales

(...)

En caso de que no exista comisaría o alguna dependencia policial en el centro poblado donde se desempeña el juez de paz, esta obligación corresponde a las rondas campesinas, a los gobernadores y tenientes gobernadores o a quienes designen las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

Artículo 35. Sanciones comunitarias

La ejecución de las sanciones comunitarias se realiza en coordinación con la Policía Nacional del Perú, la gobernación, la tenencia de gobernación, la municipalidad distrital, la ronda campesina o la directiva comunal. El juez de paz debe coordinar en forma preventiva con las autoridades locales que corresponda, los servicios comunales que requieran ser atendidos a través de las sanciones comunitarias.

Artículo 36. Límites de las sanciones comunitarias

Las sanciones comunitarias pueden incluir trabajos para el bien común, pero no situaciones denigrantes ni que afecten derechos fundamentales.

Artículo 61. Apoyo a los juzgados de paz

En los lugares donde no exista comisaría o delegación policial, las rondas campesinas coordinarán con los jueces de paz la ejecución de las sanciones comunitarias y los mandatos de comparecencia. En caso de no existir rondas campesinas, el apoyo corresponde a los gobernadores o tenientes gobernadores.

Artículo 62. Resolución de casos derivados de la justicia comunal

Los jueces de paz resuelven los casos que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas les deriven, siempre que se encuentren dentro de su competencia.

Artículo 64. Respeto a las decisiones de jueces de paz

Las rondas campesinas y las autoridades de las comu-

nidades campesinas o nativas deben respetar y hacer respetar las actas de conciliación y sentencias de los juzgados de paz.

b) Aplicación de criterio de afectación directa:

Identificación de los derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 que podrían ser afectados directamente con la medida:

- *Art. 8 Convenio 169 OIT*
 1. *Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
 2. *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*
 3. *La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.*
- *Art. 9 Convenio 169 OIT*
 1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*
 2. *Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*
- *Art. 12 Convenio 169 OIT*

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Debe-

rán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Análisis de afectación directa

La Ley 29824 –Ley de Justicia de Paz- publicada el 03/01/2012, regula precisamente la aplicación de la Justicia de Paz en el Perú, por lo tanto, constituye una norma de carácter general, pero que contiene regulaciones específicas a pueblos indígenas u originarios, ya que hace referencia a la regulación del accionar de comunidades campesinas o nativas así como instituciones comunales como las rondas campesinas.

A la pregunta si ¿la Ley 29824, Ley de Justicia de Paz, modifica la situación jurídica de los pueblos indígenas, o afecta los derechos colectivos de los mismos? Debemos responder afirmativamente.

Esto en la medida que por un lado impone un deber de apoyo en la ejecución de las decisiones, actas de conciliación o sentencias, del Juez de Paz, así como en la ejecución de las sanciones comunitarias, estableciendo límites a dichas sanciones.

Este deber afecta el derecho de los pueblos indígenas al uso “de los métodos que tradicionalmente recurren los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Art. 9 Convenio 169)

III. Conclusiones y recomendaciones

III.1 Conclusiones

- Una de las funciones principales del Congreso es la de legislar, es decir la de emitir medidas legislativas, que pueden ser leyes o resoluciones legislativas. Esto a través de un procedimiento legislativo que se encuentra regulado desde la iniciativa legislativa hasta su aprobación por el Pleno. Asimismo se contemplan procedimientos especiales como el caso de la aprobación de los tratados y la dación de leyes autoritativas.
- El procedimiento legislativo es complejo y si bien está regulado y se basa en un aspecto técnico, sin embargo tiene un alto componente político, lo cual significa que muchas veces las consideraciones técnicas queden a discrecionalidad de los congresistas.
- El procedimiento legislativo contempla, aunque no obligatoriamente, mecanismos de participación ciudadana que por costumbre o práctica parlamentaria se implementan; y a través de los cuales las comisiones ponen en conocimiento de la ciudadanía en general, entre ellos pueblos indígenas, las iniciativas legislativas. Sin embargo la puesta en práctica de estos mecanismos, tal como se realiza actualmente, no garantiza que los aportes que se reciban sean efectivamente considerados por las comisiones.
- El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas está reconocido no solo a nivel de la Ley 29785, sino, sobre todo a través del Convenio 169 de la OIT y como expresión del derecho constitucional de participación ciudadana y de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el Perú. El derecho a la consulta previa alcanza no solo a las medidas administrativas sino también legislativas, que son competencia del Congreso de la República. Sin embargo, es importante señalar que dado lo novedoso de la institución de la consulta previa, la poca experiencia de procesos de consulta implementados en el país, así como la relación de desconfianza que existe entre el Estado y los pueblos indígenas, la implementación de este derecho es un reto, especialmente para el Estado.
- Si bien existen mecanismos de participación ciudadana, no se ha implementado aún en el Congreso de la República un procedimiento de consulta previa. Uno de los principales obstáculos para ello, es que el acuerdo al que pudiera arribar los representantes de los pueblos indígenas y los representantes del Parlamento, no vincula a todos los congresistas, en razón al principio, reconocido en la Constitución, de no sujeción a mandato imperativo. Incluso cabe la posibilidad del “veto” Presidencial. Es por ello que la implementación de la consulta previa en el procedimiento legislativo requeriría de la modificación del Reglamento en primera instancia y de manera complementaria de la una reforma constitucional o un pronunciamiento claro del Tribunal Constitucional.
- El Tribunal Constitucional ha definido la tipología normativa y el criterio de afectación directa que deben ser tomados en cuenta para determinar si una medida legislativa debe ser consultada. El criterio de afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas tiene su amparo en el propio Convenio 169, en la Ley 29785, su Reglamento, así como en la jurisprudencia constitucional comparada.
- Tanto la tipología normativa como el criterio de afectación directa para determinar si una medida legislativa debe ser consultada tiene que ser evaluada caso por caso.
- Existen medidas legislativas que no son materia de consulta, como lo señala la propia Ley 29875, en relación a las normas que regulan materia tributaria, presupuestal y seguridad nacional. Por

otro lado hemos podido advertir, del análisis del inventario de normas, que en principio las normas versen sobre demarcación territorial no se deberían consultar, dado que para su presentación de la iniciativa pasan por un proceso previo de consulta poblacional o vecinal y de aprobación de las poblaciones involucradas respecto de la medida que se quiere impulsar.

- También se ha podido identificar que existen normas declarativas cuya vigencia no afectaría directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y por tanto no serían, a priori, materia de consulta previa. Sin embargo debe revisarse caso por caso, ya que podría contener en su texto normativo alguna disposición que afecte tales derechos.
- En el caso de los tratados y de las leyes autoritativas, la implementación de estos procedimientos por el Poder Ejecutivo podría afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, es importante precisar que en el caso de las leyes autoritativas la Ley 29875 ha establecido que los decretos legislativos dictados al amparo de la ley autoritativa y que podrían afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas deben pasar por consulta previa a cargo del Poder Ejecutivo. No es el caso de los tratados que no se encuentra regulado por la Ley de Consulta Previa ni por el Reglamento del Congreso. Ahora bien, es en la Ley antes citada, y como sucede para el caso de las leyes autoritativas que debería regularse la implementación de la consulta previa para la aprobación de los tratados, más aún si es el Poder Ejecutivo que negocia y aprueba los tratados.
- En general y de la revisión del inventario de dictámenes y leyes aprobadas en lo que va del presente período parlamentario se ha podido identificar que 3 (tres) leyes aprobadas podrían afectar derechos de pueblos indígenas y por ende debieron ser objeto de un proceso de consulta previa antes de su aprobación
- Con respecto a la evaluación de los dictámenes si bien algunos de ellos tienen referencia a

términos como “pueblos indígenas”, “comunidades nativas”, “comunidades campesinas” o “interculturalidad” entre otros términos similares, sin embargo aplicando el criterio de afectación directa, caso por caso, se verificó que ninguno de esos dictámenes buscaban modificar la situación jurídica de los pueblos indígenas.

III.2 Recomendaciones

- Es necesario implementar la consulta previa a los pueblos indígenas en el Congreso de la República. Complementariamente se debe fortalecer el nivel de participación ciudadana en la etapa de estudio de las comisiones especializadas procurando que los pueblos indígenas y la ciudadanía en general no solo conozcan, opinen y presenten aportes, opiniones u observaciones, sino que se verifique que éstos últimos son tomados en cuenta o son absueltos oportunamente por las comisiones.
- Asimismo se recomienda empoderar a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología para que, como comisión especializada en pueblos indígenas, se encargue del procedimiento de consulta previa en la parte de la identificación de las medidas a consultar los pueblos indígenas a ser consultados, brinde la información debida y dé el soporte a la dependencia representativa del Congreso que dialogue con los pueblos indígenas.
- Además es importante fortalecer la labor del Consejo Directivo como entidad representativa del Congreso de la República para el diálogo con los representantes de los pueblos indígenas. De esta forma se podría lograr que el acuerdo que se alcance – en caso se logre el mismo – pueda ser respetado por los congresistas de todas las bancadas.
- Para materializar esta propuesta es necesario que se modifique algunos artículos del Reglamento del Congreso, y complementariamente se reforme la Constitución para hacer vinculante el

acuerdo que alcance el Estado, en este caso el Congreso, con los pueblos indígenas.

- En el caso de los tratados, que los negocia y aprueba el Poder Ejecutivo, y el Congreso de la República tiene un rol pasivo, se recomienda modificar la Ley de consulta previa para que se considere un capítulo referido a la consulta previa en el caso de tratados que pudieran afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. Asimismo, y de manera complementaria es importante que el Congreso de la República, en cumplimiento de su labor de control, realice un

análisis profundo de los tratados que sean sometidos a su ratificación a fin de verificar si se afectan derechos de pueblos indígenas.

- Es importante que se capacite a los funcionarios del Congreso de la República, especialmente de las secretarías técnicas de las comisiones en temas de derechos indígenas y de los alcances del derecho a la consulta previa. Además se sugiere sensibilizar a los congresistas y sus asesores sobre derechos de pueblos indígenas, a fin de hacer una incidencia política sobre esta temática en el Congreso de la República.

IV. Anexos

Anexo I

TABLA DE ABREVIATURAS

CP	Constitución Política del Perú
RC	Reglamento del Congreso
TC	Tribunal Constitucional Peruano
C169	Convenio OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
Ley N° 29785	“Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas y originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT”

Anexo II

LISTA DE ENTREVISTADOS

N°	Actor	Persona	Institución/ Sector
1	Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y ecología del Congreso	Santiago Merino (Asesor Principal de la Comisión)	Congreso Público
2	Especialistas Parlamentarios	Milagros Campos (Asesora) Franz Portugal (Secretario Técnico de la Comisión de Pueblos Andinos)	Congreso Público
3	Representante del Programa Indígena de la Oficina Regional de la OIT	Manuel García	Organismo Internacional
4	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú	Oseas Barbaran Sánchez (Por confirmar) Presidente	Sociedad Civil
5	Confederación Nacional Agraria - CNA	Antolín Huáscar Flores Presidente	Sociedad Civil
6	Especialista Derecho Parlamentario - Pontificia Universidad Católica del Perú	César Delgado Guembes (Jefe del Centro de Documentación y Biblioteca del Congreso de la República)	Congreso Público
7	Especialista Derecho Constitucional-Pontificia Universidad Católica del Perú	César Landa Arroyo (Decano de la Facultad de Derecho)	Privado – Académico

Anexo III

LEYES Y RESOLUCIONES LEGISLATIVAS PROMULGADAS Y DICTÁMENES APROBADOS DURANTE EL PERÍODO PARLAMENTARIO 2011 - 2013

(El texto se encuentra en archivo *Anexo 3-Informe Final Congreso.pdf*, incluido en esta carpeta)

V. Bibliografía

LIBROS

“Manual del proceso legislativo”, Centro de documentación y Biblioteca del Congreso de la República, 2009.

Almendrades HÉCTOR “Panorama Jurídico del Derecho Internacional Indígena”.

En http://www.iladir.org/notas_coyuntura/a1.pdf

Bernales Ballesteros, ENRIQUE Y OTROS. Manual Parlamentario. Serie: Democracia N° 5. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2002, pág. 119.

García Toma, Víctor & GARCÍA YZAGUIRRE, José. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

RUBIO CORREA Marcial. *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, 2012, pág. 90.

INFORMES

Informe N° 038/2009-2010: “Informe temático sobre aspectos a considerar en el ejercicio del control parlamentario de los tratados celebrados con forme a los artículos 56° y 57° de la Constitución Política del Estado” Humberto Henríquez Franco, Especialista Parlamentario. Lima, 13 de abril de 2010. Documento del Centro de Investigación, Análisis Temático y Estadística –CIAE. Congreso de la República.

Informe de Gestión semestral de la Segunda Vicepresidencia. En <http://www.congreso.gob.pe/congresista/2011/jceguren/documentos/InformeSemestralSegVic.pdf>

Propuesta del Dr. César Delgado Guembes “La consulta previa a los pueblos indígenas y el proceso legislativo peruano (Convenio OIT 169)” de mayo del 2012.

Análisis de la ley de consulta previa a los pueblos indígenas y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de Ley forestal y de fauna. Comisión Agraria del Congreso de la República. Noviembre 2010.

Propuesta para la regulación del derecho a la consulta pre legislativa a pueblos indígenas, la iniciativa legislativa indígena y los canales de comunicación entre el parlamento y los pueblos indígenas. Instituto de Defensa Legal (IDL). Agosto 2012.

Informe “Implementación del Derecho a la consulta previa, libre e informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República”. Grupo de Trabajo “Reglamento e implementación de la Ley de consulta previa en el Congreso de la República”. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y ecología. Período Legislativo 2011-2012.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia C-030 de 2008,
- Sentencia C-175/2009
- Sentencia C-702/2010
- Sentencia C-366/2011
- Sentencia C-490/2011

Tribunal Constitucional Peruano

- STC 0022-2009-PI/TC

OTROS

Tomado de la Ponencia de Johanna del Pilar Cortés Nieto en el I Foro Internacional: “El derecho a la consulta previa de medidas legislativas”. En <https://docs.google.com/a/pucp.pe/file/d/0B5hWn-aDuaOqWWhDc3FPN-HZtUjA/edit>