Proyecto de Ley N°...5887/2023-CR

CONGRESO de la REPÚBLICA

MARÍA ELIZABETH TAIPE CORONADO
Congresista de la República

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
11 SEP. 2023
RECIBIDO
Firma: Hora: 6:02 pm

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A LA CONSTITUCIÓN

El grupo parlamentario **PERÚ LIBRE**, a iniciativa de la congresista **MARÍA ELIZABETH TAIPE CORONADO** y de los congresistas firmantes, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y, en concordancia con los artículos 22, inciso c), 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Ha dado la siguiente Ley:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A LA CONSTITUCIÓN

Artículo único. Incorporación del numeral 25 al artículo 2 de la Constitución
Se incorpora el numeral 25 al artículo 2 de la Constitución Política del Perú, con el siguiente texto:

> **"25. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a la consulta previa respecto de las medidas legislativas o administrativas que les afecten. Las condiciones del derecho se regulan de acuerdo a Ley y guardan conformidad con los tratados internacionales sobre la materia vigentes en el Perú".**

Lima, agosto de 2023.

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: AGÜERO GUTIERREZ Maria Antonieta FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 15:37:28-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: PALACIOS HUAMAN Margot FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 12:06:29-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: TAIPE CORONADO Maria Elizabeth FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 11:17:37-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: PALACIOS HUAMAN Margot FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 12:06:49-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: QUISPE MAMANI Wilson Rusbel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 12:41:48-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: PORTALATINO AVALOS Kelly Roxana FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 12:18:55-0500

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: MITA ALANOCA Isaac FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/09/2023 13:14:42-0500

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTACIÓN

1. El retroceso inconstitucional del reconocimiento y eficacia del derecho a la consulta previa

En el 2022, el Tribunal Constitucional peruano emitió la sentencia recaída en el expediente 03066-2019-PA/TC, donde declaró improcedente la demanda de las comunidades campesinas de Chila Chambilla y Chila Pucará en Puno. En esta decisión, en la parte sobre análisis de la controversia, se estableció lo siguiente:

> "2. [...] la parte demandante principalmente cuestiona que las entidades emplazadas no habrían implementado el mecanismo de la consulta previa en el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios.
> 3. Sin embargo, **el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita**, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que **no es un derecho fundamental**.
> 4. En todo caso, **el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional"**[1]. (el resaltado es nuestro).

Aun cuando se trata de una sentencia de un proceso de amparo que no tiene la condición de precedente vinculante (de acuerdo con el artículo VI del nuevo Código Procesal Constitucional[2]) y, por tanto, no tiene efectos generales, de tal modo que no constituye una regla de obligatorio cumplimiento para casos futuros similares, la alegación descrita configura un retroceso más que preocupante. Tanto es así que, en su oportunidad, la Defensoría del Pueblo emitió un pronunciamiento en el siguiente sentido:

> "La decisión del Tribunal Constitucional [...] constituye un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, es contraria a la Constitución Política, a los tratados internacionales y se aleja injustificadamente de los estándares previamente establecidos a lo largo de su jurisprudencia. [...]
> Por otro lado, el Tribunal se pronuncia de la forma menos favorable para la optimización de los derechos a la identidad cultural y étnica, participación y consulta previa, afectando los derechos de casi seis millones de personas que se autoidentifican como parte de un pueblo indígena en nuestro país, contraviniendo de manera flagrante el principio *pro persona* [...]"[3].

---

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 03066-2019-PA/TC, fundamentos jurídicos 2,3 y 4.

[2] *"Artículo VI. Precedente vinculante*
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente [...]".

[3] Pronunciamiento público de la Defensoría del Pueblo, de fecha 5 de marzo de 2022. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-rechaza-sentencia-del-tribunal-constitucional-que-desconoce-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-como-derecho-fundamental/

En una línea similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó públicamente su preocupación por los efectos negativos de la sentencia señalada, en tanto afecta indebidamente los derechos de los pueblos indígenas. Así, manifestó:

> "[...] El Tribunal declaró que la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no tiene rango constitucional. Sin embargo, la decisión no consideró que la Constitución Política del Estado dispone que los tratados ratificados por el Estado peruano forman parte del derecho nacional, así como, la obligación del Estado de Perú de cumplir las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente.
>
> Al respecto, en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la obligación de la consulta es un principio general del derecho internacional y que está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas.
>
> Además, conforme a lo establecido por la Corte Interamericana, las y los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana de derechos humanos [...]"[4].

Atendiendo a la naturaleza de los órganos citados (defensores de derechos humanos), dichos pronunciamientos en contra de la sentencia del Tribunal Constitucional eran previsibles. Más aun, si se trata de una decisión jurisdiccional del supremo intérprete de la Constitución, cuya función medular es garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos en el máximo nivel.

Una situación abiertamente contradictoria de la sentencia en cuestión es que el Tribunal Constitucional contradijo la línea jurisprudencial previa que, contrariamente a lo resuelto el 2022, reconoció la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en más de una ocasión; afirmando que se trata de un derecho con rango constitucional.

En efecto, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es el instrumento internacional de mayor relevancia en el mundo sobre la materia, habiendo sido ratificado por el Estado peruano en 1994. Es decir, hace casi tres décadas el Perú ejecuta el acuerdo, siendo que, incluso, tenemos vigente una ley nacional, que es 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). Esta norma confirma que su contenido tiene base en dicho convenio y que el derecho a la consulta previa es "el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, Identidad cultural, calidad de vida o desarrollo" y que la consulta "es implementada de forma obligatoria solo por el Estado" (artículo 2).

---

[4] La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas. Comunicado N° 071/22, de fecha 6 de abril de 2022. Recuperado de https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/071.asp

Asimismo, dicha norma fue reglamentada, en su oportunidad, por el Decreto Supremo 001-2012-MC. Debe anotarse que la reglamentación se produjo como consecuencia de la Resolución Suprema 337-2011- PCM, que creó una comisión multisectorial con el objeto de emitir un informe para proponer el proyecto de Reglamento de la Ley 29785. Así, se contó con la participación de representantes de organizaciones indígenas de alcance nacional y del Poder Ejecutivo, siendo que la comisión multisectorial fue instalada en Lima, el 22 de noviembre de 2011. Es decir, la normativa reglamentaria procuró un espacio plural con la finalidad de legitimar y socializar su contenido; esto, por cuanto una norma de estas características exige un trabajo democrático que refleje el interés prioritario del Estado en la materia.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional manifestó, hasta antes de la sentencia que se describió al inicio de la presente exposición de motivos, lo siguiente:

> "En el caso del Convenio N° 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional [STC 0025-2005-PI/TC, fundamento 33]. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes"[5].

En la sentencia citada se aprecia que la condición de norma con rango constitucional del Convenio 169 no es una afirmación aislada y sin soporte en una fuente jurídica válida. Por el contrario, forma parte de un conjunto de decisiones que delinean una posición jurisprudencial respecto del valor de dicho tratado y su importancia decisiva para calificar los derechos de los pueblos indígenas y sus integrantes como derechos fundamentales. Es más, en esta decisión el Tribunal Constitucional delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta y definió que el derecho fundamental a la consulta configura también un diálogo intercultural.

En el mismo sentido, en la sentencia 00025-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional precisó que ha habido varios pronunciamientos en los que se ha reconocido el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Para tal efecto, reproducimos lo pertinente.

> "En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]"[6].

---

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 0022-2009-PI/TC, fundamento jurídico 9.

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 00025-2009-PI/TC Fundamento jurídico 20.

Así las cosas, la sentencia recaída en el expediente 03066-2019-PA/TC, que señala que la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios no es un derecho constitucional, desconoce abiertamente el marco constitucional, legal y jurisprudencial aplicable en el Perú. También, contradice las obligaciones internacionales del Estado peruano en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional contradijo una larga línea coherente jurisprudencial que fijó la regla de que los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico ostentan rango constitucional. Además, persiste una contradicción manifiesta con la Constitución y con la norma procesal que la defiende. Así, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución impone:

> "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Mientras que el nuevo Código Procesal Constitucional, en su artículo VIII, establece:

> "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
>
> En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos".

Además, debe tomarse en cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que **"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]"**. Así, el Tribunal Constitucional al desconocer la relevancia del Convenio 169 de la OIT y el derecho que reconoce el mismo, afecta los principios de seguridad jurídica y predictibilidad que se desprenden del artículo 55 de la Constitución, en tanto "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Más aún, si se trata de tratados de rango constitucional, tal como en reiterada jurisprudencia ha reconocido el propio Tribunal Constitucional.

Finalmente, tal como manifestó la Defensoría del Pueblo en el comunicado de rechazo mencionado líneas arriba, al tiempo de la emisión de la sentencia cuestionada, se había implementado bajo los parámetros antes descritos (fuentes de derecho válidas que sustentan la constitucionalidad de derecho a la consulta previa) casi 70 procesos de consulta previa desde el 2011. Es decir, con la sentencia se abría la puerta para desconocer estos procesos y la legitimidad de su trámite a partir de su reconocimiento constitucional. Claramente, esta situación es indiscutiblemente un retroceso que no se debería tolerar desde ningún ámbito. El Tribunal Constitucional en los hechos se alejó, entonces, de estándares internacionales y de su misma jurisprudencia.

2. La corrección jurisprudencial que no garantiza la seguridad jurídica en la protección del derecho a la consulta previa

Probablemente, ante la presión y el rechazo nacional e internacional, que provenía desde el sector público y privado, el Tribunal Constitucional, en junio de 2023, publicó la sentencia recaída en el expediente 03326-2017-PA/TC.

En dicha sentencia, el supremo intérprete de la Constitución, entre otras cosas, precisó lo siguiente:

> "9. En esa dirección, este Tribunal coincide con la STC 2552-13 del Tribunal Constitucional de Chile, que considera que los pueblos indígenas forman parte de grupos desventajados, respecto de los cuales es válido que el legislador establezca mecanismos de afirmación positiva cuya finalidad es hacer efectiva la igualdad ante la ley, puesto que los ha considerado como grupo socioeconómicamente vulnerable con la especificidad cultural que le es propia.
> [...]
> 19. En suma, la Constitución de 1993 afirma el pluralismo y coexistencia de diversos pueblos en el territorio de la República, en el marco de una definición de Estado social y democrático de derecho, multicultural y pluriétnico, sustentado en los valores superiores de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas que conviven en la nación".

Partiendo de ello, el colegiado constitucional confirma que el derecho a la consulta previa, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es un derecho fundamental que puede ser tutelado mediante el proceso de amparo:

> 34. [...] el derecho fundamental de la consulta previa está directamente conexionado con el precitado derecho fundamental de toda persona, en forma individual o asociada, a participar en la vida económica y social de la Nación.
> 35. [...] este derecho fundamental fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado y la sociedad, coopera en el fortalecimiento del Estado constitucional, democratiza la sociedad peruana y contribuye a revertir la exclusión histórica a la cual han estado sometidos, preservando su identidad y subsistencia digna [...]".

Entonces, el Tribunal Constitucional, con la conformidad de seis magistrados y ninguno en contra, cambió (en realidad, corrigió) lo estipulado en la sentencia 03066-2019-PA/TC sobre la no condición de derecho fundamental del derecho a la consulta previa. Con la nueva sentencia, al parecer, el colegiado constitucional vuelve al cauce del que nunca debió salir. Es decir, reafirma la jurisprudencia garantista del derecho anotado.

No obstante, si bien podría pensarse que el problema ya quedó resuelto, pues el Tribunal Constitucional con la sentencia (por unanimidad) recaída en el expediente 03326-2017-PA/TC enmendó lo propio, lo cierto es que ello no es así. En efecto la sentencia 03326-2017-PA/TC no es un precedente vinculante y por su naturaleza (proceso de amparo) no tiene efectos generales. En este sentido, nada obsta a que más adelante, como ocurrió en su momento, se cambie el criterio y nuevamente el derecho a la consulta previa no solo quede en la incertidumbre, sino, sobre todo, en una situación de desprotección.

Por ello, precisamente, se plantea la presente iniciativa de ley que busca otorgar al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios un marco de seguridad constitucional expreso. El fundamento de esta medida se halla en la jurisprudencia constitucional, en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y en las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección de los derechos humanos, en especial, de las poblaciones vulnerables.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación del presente proyecto de ley, lejos de contradecir la norma constitucional, la refuerza. Lo que se hace es incorporar un derecho fundamental expreso a la Constitución, de titularidad de las comunidades indígenas u originarias, que ya se encuentra reconocido como tal en la jurisprudencia nacional e internacional y en los tratados en materia de derechos humanos vigentes en el Perú. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional reconoce que la persona humana, en el marco constitucional vigente, es miembro de un Estado multicultural y poliétnico; reconociendo la existencia e importancia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de ley, por su naturaleza y fines, no irroga gasto adicional al tesoro público. Su fortaleza reside en el refuerzo de la protección de un derecho fundamental, reconocido en este nivel por el Tribunal Constitucional y la normativa internacional.

La sociedad se ve beneficiada, por cuanto el Estado peruano protege adecuadamente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, quienes, a su vez, resguardan nuestros recursos naturales e identidad nacional. El Estado, al mejorar la situación de la protección de los derechos de sus ciudadanos, fortalece su legitimidad social y actúa en cumplimiento de la Constitución y de sus obligaciones internacionales.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación con la política del Estado I. Democracia y Estado de Derecho, específicamente, con la política 3 sobre "Afirmación de la identidad nacional":

> "Nos comprometemos a consolidar una nación peruana integrada, respetuosa de sus valores, de su patrimonio milenario y de su diversidad étnica y cultural, vinculada al mundo y proyectada hacia el futuro[7]".

La presente iniciativa legislativa, también, tiene relación con la política del Estado I. Democracia y Estado de Derecho, específicamente, con la política 4 sobre "Institucionalización del diálogo y la concertación":

---

[7] Recuperado de https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/3-afirmacion-de-la-identidad-nacional/

"Nos comprometemos a fomentar el diálogo y la concertación entre todas las organizaciones, tanto políticas como de la sociedad civil, en base a la tolerancia, la afirmación de las coincidencias y el respeto a las diferencias de identidad, garantizando las libertades de pensamiento y de propuesta"[8].

VINCULACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA

Mediante Resolución Legislativa 002-2022-2023-CR, el Congreso de la República aprobó la Agenda Legislativa para el Período Anual de Sesiones 2022-2023[9], publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de octubre de 2022. La presente iniciativa legislativa tiene relación con el Objetivo I. Democracia y Estado de Derecho, específicamente con la política de Estado 3 sobre "afirmación de la identidad nacional" y la política de Estado 11 sobre "promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación" de la actual agenda legislativa.

Lima, agosto de 2023.

[8] https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/4-institucionalizacion-del-dialogo-y-la-concertacion/

[9] Puede consultarse en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/resolucion-legislativa-del-congreso-por-la-que-se-aprueba-la-resolucion-legislativa-002-2022-2023-cr-2118161-1/