Proyecto de Ley N°...8485/2023-CR

CONGRESO de la REPÚBLICA

HAMLET ECHEVERRIA RODRIGUEZ

"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
25 JUL. 2024
RECIBIDO
Firma: Hora: 17:20

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 21-A Y RECONOCE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Los congresistas de la República que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario Cambio Democrático-Juntos por el Perú, a iniciativa del congresista de la República **HAMLET ECHEVERRÍA RODRÍGUEZ**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley.

FORMULA LEGAL

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE PROPONE RECONOCER A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Artículo Único. - Incorporación del inciso 21-A al artículo 21° en la Constitución Política del Perú

Incorpórese el inciso 21-A al artículo 21 en la Constitución Política del Perú, con arreglo al siguiente texto:

> **"Patrimonio Cultural de la Nación**
>
> Artículo 21.-[...]
>
> **21-A. El Estado reconoce a los pueblos indígenas u originarios el derecho fundamental a la consulta previa sobre medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente."**

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: LIMACHI QUISPE Nieves Esmeralda FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 25/07/2024 16:10:13-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ECHEVERRIA RODRIGUEZ Hamlet FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19/07/2024 15:42:59-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CUTIPA CCAMA Victor Raul FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/07/2024 16:48:06-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: BERMEJO ROJAS Guillermo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/07/2024 12:43:28-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SANCHEZ PALOMINO Roberto Helbert FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/07/2024 17:07:37-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: COAYLA JUAREZ Jorge Samuel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 25/07/2024 16:30:10-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SANCHEZ PALOMINO Roberto Helbert FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/07/2024 17:07:16-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **09** de **AGOSTO** de **2024**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 8485/2023-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO.

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS

1. Protección del derecho a la consulta de forma previa a los Pueblos Indígenas u Originarios

El objeto de la presente iniciativa legislativa es garantizar de forma efectiva el derecho a la consulta de forma previa a los Pueblos Indígenas u Originarios con base en la Constitución y el derecho internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales vinculante para el Estado peruano; debido a que en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional, donde señala que el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política del Perú.

El mencionado expediente trata de un amparo declarado improcedente el cual fue interpuesto por las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra el Instituto Minero Metalúrgico (INGEMMET) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) por las razones que se detallan a continuación:

> "2. *En el presente caso, 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."*

Sin embargo, la referida sentencia del Tribunal Constitucional genera vulneración del derecho a la consulta de forma previa siendo absurdo lo ordenado. Asimismo, no considero que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente en la legislación peruana desde el año 1995, por lo que es parte de la

norma constitucional, conforme lo establece el artículo 55 y la 4ta disposición final y transitoria del Ordenamiento Constitucional:

> *"Tratados.*
> *Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.*
>
> *Interpretación de los derechos fundamentales.*
> *Cuarta.- 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."*

Asimismo en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, el Tribunal Constitucional está vulnerando derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios argumentando que no se encuentra regulado en la constitución, a pesar de que en la sentencia 00025-2009-PI/TC ha señalado que:

> *"23. La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento.*

El referido Convenio, como lo indica, tiene dos postulados básicos, el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan.[1]

[1]"Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales en países Independientes. RESOLUCIÓN LEGISLATIVA Nº 26253

La misma magistrada del TC Maria Elena Ledezma en su voto singular de la Sentencia 27/ 2022, refiere *"en la resolución de segunda instancia se ha considerado que las comunidades campesinas demandantes no habían acreditado ser pueblos indígenas, por lo que no podrían invocar el derecho a la consulta previa ". "Si bien el texto de la Constitución no hace referencia al término "pueblos indígenas" sí incorpora el término pueblos originarios (artículo 191). Fue mediante el Convenio 169 de la OIT mediante el cual se incorporó la nomenclatura jurídica de "pueblos indígenas", utilizada prevalentemente en el derecho internacional. Y como ya lo indicó el Tribunal Constitucional, dicho tratado entró en vigor el 2 febrero de 1995 (ver sentencia del Expediente 0025-2009-PI/TC, fundamento 23).*[2]

Es por ello que el Tribunal Constitucional debe interpretar la Constitución respetando los tratados internacionales que el Perú es parte.

2. **Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

Asimismo, cabe recordar que a causa de la protesta social el "Baguazo", se emitió la implementación en el año 2011 mediante la Ley N.° 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley que se reglamentó en el año 2012 mediante el Decreto Supremo N.° 001-2012-MC, reconocida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas, y en el artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 29785, señala que los sujetos del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa y los del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella a través de sus organizaciones representativas. [3]

[2] Sentencia 27/ 2022, expediente N.º 03066-2019-PA/TC (Puno), caso Comunidades Campesinas Chilca Chambilla y Chila Pucará.

[3] Reglamento de la Ley Nº 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). DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC

Es por ello que se debe incorporar de manera urgente el artículo 21-A en la constitución política del Perú con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales y no vulnerar derechos ganados en este caso por los pueblos indígenas u originarios.

3. Derecho a la consulta de forma previa

En palabras de Casafranca Valencia la Consulta es la facultad de la que gozan los pueblos indígenas y tribales, para que, dentro de un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura. [4]

En la misma línea en el Manual del Convenio 169-OIT refiere que la consulta es un principio fundamental del Convenio 169. Esta Consulta tendrá lugar cuando se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados.

Asimismo, la Ley N° 29785, señala que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Actualmente se observa que el Ministerio de Cultura ha realizado la consulta de forma previa a los pueblos indígenas u originarias del país y son más de 800 los procesos de consulta, algunos casos son el proyecto de exploración minero Los Perdidos II, Declaratoria del Paisaje Cultural Valle de Sondondo como Patrimonio Cultural de la Nación, Proyecto Central Hidroeléctrica Pachachaca 2, entre otros. [5]

---

[4] (Handersson Casafranca Valencia –Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia –Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas –Periodo Legislativo 2008 – 2009)

[5] Consulta previa. Ministerio de Cultura. obtenido de: https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso

Entonces el Estado peruano ya viene realizando la consulta previa, sin embargo, el fallo del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, vulnera el marco normativo interno y los tratados internacionales que el Perú ha suscrito. Con la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha generado controversia ya que instituciones se han pronunciado señalando que es absurdo lo ordenado. se tiene el pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo quien ha señalado que *"La decisión del Tribunal Constitucional, emitida con el voto de 3 de los 6 magistrados, 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".*[6]

4. **Incorporación del artículo 21-A al artículo 21 en la Constitución Política del Perú**

Es necesario incorporar el artículo 21-A al artículo 21 de la Constitución Política protege el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido por los tratados internacionales que el Perú ha suscrito y ratificado, asimismo con el fin de reparar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 03066-2019-PAJTC).

Además, el Tribunal Constitucional ya se habría pronunciado respecto de la consulta previa donde reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios tal como se analiza en el EXP. N.° 0022-2009-PI/TC que los fundamentos que se refieren a continuación:

> *"El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta.*
>
> *37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa;* ***i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.*** *No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.*
>
> *38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar*

[6] Obtenido 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/

directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta". (Sentencia del Tribunal Constitucional, 00022-2009-AI).

Por lo antes mencionado es necesario la reforma planteada por lo que se propone que se agregue el siguiente texto normativo en la Constitución:

"Patrimonio Cultural de la Nación

Artículo 21.-[...]

21-A. El Estado reconoce a los pueblos indígenas u originarios el derecho fundamental a la consulta previa sobre medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente."

5. Antecedentes Legislativos

Como antecedentes legislativos se tiene el Proyecto de Ley 1596/2021-CR, que propone la siguiente Ley:

> *"Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios"*
>
> *Artículo Único. - Incorporación del artículo 21-A en la Constitución Política del Perú Incorpórese el artículo 21-A en la Constitución Política del Perú, según el texto siguiente:*
>
> *Artículo 21-A.- El Estado, reconoce el derecho fundamental 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, de acuerdo a los tratados internacionales."*

II. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación de la Ley de reforma constitucional que planteamos incorporar el artículo 21-A en la Constitución Política, constitucionaliza el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios reconocido por los tratados internacionales que el Perú ha suscrito y ratificado; igualmente, en concordancia con la normativa interna que regula la consulta previa como es el Reglamento de la Ley Nº 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). Además, corrige la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 03066-2019-PAJTC); siendo muy importante que se reconozca este derecho en la Constitución.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Actores involucrados	Efectos Directos	Efectos Indirectos
Pueblos indígenas u Los pueblos indígenas	Los pueblos indígenas u originarios tendrán el derecho fundamental a la consulta previa reconocido expresamente en la Constitución.	Todas las entidades del sector público y privado deberán respetar el derecho constitucional a la consulta previa.
Entidad promotora	Las entidades públicas del gobierno nacional, regional y local son responsables de diseñar las medidas a ser consultadas, tendrán el marco constitucional de referencia y demás normas del ordenamiento jurídico.	Podrán en el marco de sus competencias proponer y emitir normas que faciliten su labor a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.
Ministerio de Cultura	Deberá emitir disposiciones complementarias en el marco de sus competencias	Deberá realizar mesas de diálogo con las entidades del sector público, privado y los pueblos indígenas u originarios para brindar información del derecho fundamental a la consulta previa.
Defensoría del Pueblo	Fortalecerá su rol como observador de la consulta previa, en función a su rol constitucional de defensa de los derechos fundamentales.	Supervisa en el marco de sus competencias constitucionales a las demas entidades publicas para el cumplimiento de la consulta previa.

IV. VINCULACIÓN CON LA POLÍTICA NACIONAL

La presente iniciativa se vincula con las Políticas de Estado del "Acuerdo Nacional", respecto a lo siguiente:

Institucionalización del diálogo y la concertación

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.

Política Cuarta - Institucionalización del diálogo y la concertación.
Con este objetivo, el Estado: (b) institucionalizará los canales y mecanismos de participación ciudadana que contribuyan al mejor ejercicio de las funciones ejecutivas y legislativas en los niveles nacional, regional y local

Política Décimo Novena - Desarrollo sostenible y gestión ambiental.
Con este objetivo el Estado: (b) promoverá la participación responsable e informada del sector privado y de la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales y en la vigilancia de su cumplimiento, y fomentará una mayor conciencia ambiental.