



Imprimir artículo Exportar a PDF  
Volver

## **La consulta previa de los actos normativos: ¿dónde está el problema?**

Por Juan Carlos Ruiz Molleda\*

15 de diciembre, 2012.- (1) Recientemente autoridades del Gobierno han anunciado la consulta previa del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (ver [aquí](#) [1]). Este anuncio nos recuerda que el respeto y la observancia del derecho a la consulta previa no concluye con la aprobación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento.

Es necesaria la incorporación de este derecho en los procedimientos legislativos que realizan tanto el Congreso como los gobiernos regionales y locales, e incluso, en la labor “legislativa” que realizan el gobierno nacional y los gobiernos sub nacionales, cuando reglamentan leyes y ordenanzas, respectivamente.

Desde IDL hemos elaborado una propuesta que regula la consulta prelegislativa en el Congreso, la iniciativa legislativa indígena y los canales de comunicación entre el parlamento y los pueblos indígenas (ver [aquí](#) [2]) y la congresista Verónica Mendoza también ha presentado un proyecto de ley muy completo y muy bien sustentado (ver [aquí](#) [2]), a la par que la congresista Marisol Perez Tello emitió un informe con los resultados de un amplio debate sobre el tema (ver [aquí](#) [3]).

### **¿Dónde está el problema en la consulta de actos normativos?**

Si bien hay varios temas complejos en la regulación de esta materia, en nuestra opinión, el tema central donde se juega la consulta previa está en el establecimiento de las reglas y de los criterios para definir cuándo un cuerpo normativo “afecta directamente” a los pueblos indígenas. Como señala el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 00022-2009-PI/TC, en el f.j. 19, es sencillo



precisar cuándo una medida administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas; sin embargo, no es sencillo precisar cuando las medidas legislativas afectan a los pueblos indígenas.

Este tema ha sido regulado por el TC en su sentencia 00022-2009-PI (f.j. 21). Según este hay tres tipos de medidas normativas: 1) las normas que están específicamente referidas a los pueblos indígenas; 2) las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas; y las 3) las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas. A manera de ejemplo, en el primer grupo tenemos la Ley general de comunidades campesinas, en el segundo grupo tenemos la ley forestal y en el tercer grupo tenemos la ley de títulos valores. Ciertamente, las normas específicas sobre pueblos indígenas se deben consultar, las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas también. No se consultan las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas. Todo parece indicar que el origen de estas reglas está en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana (2).

Queda claro que el gran tema de discusión serán las normas generales, es decir las normas no necesariamente dirigidas a los pueblos indígenas, pero que afecten de forma los derechos de los pueblos indígenas. En concreto cuando hay afectación directa, cuando indirecta. En estos casos el TC fijó un criterio vinculante —según el artículo 82 del Código Procesal Constitucional—, que ha sido repetido en reiterada jurisprudencia:

"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" (00022-2009-PI, f.j. 21). (Subrayado nuestro).

Este criterio debe ser leído en consonancia con lo establecido por el TC en su sentencia 00025-2009-PI, cuando precisa que

"En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida "afecta" directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas". (f.j. 25) (Subrayado nuestro).

El TC ha expedido siete sentencias contra medidas legislativas no consultadas. Lo sorprendente es que todas fueron desestimatorias, y solo una fue una sentencia estimatoria (fundada), para ser más preciso fue una sentencia interpretativa (00022-2009-PI). En esta última, establecía que la medida legislativa no debería aplicarse a los pueblos indígenas. Las demás demandas fueron rechazadas dejándose en la indefensión a los pueblos indígenas.



Dar clic en la imagen para agrandar

Un buen parámetro para analizar los pronunciamientos de nuestro TC peruano son las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en materia de control constitucional de actos normativos inconsultos. De ocho procesos constitucionales contra medidas legislativas no consultadas (ver las siguientes sentencias C-418/02, C-891/02, C-208/07, C-921/07, C-030/08, C-461/08, C-615/09 y C-175/09), esta corte expidió cinco sentencias interpretativas sustentadas en el principio de conservación de la ley, donde condiciona la constitucionalidad al respeto al derecho a la consulta. En las tres sentencias restantes declara la inconstitucionalidad de las normas inconsultas por no haber sido consultadas.

Dar clic en la imagen para agrandar

Quizá el caso emblemático para analizar la posición del TC peruano es la sentencia 00025-2009-PI/TC. Se trata de un caso donde el TC desarrolla un criterio que luego repetirá en posteriores sentencias, y que en nuestra evaluación vacía de contenido el derecho a la consulta. Nos referimos al proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Para el TC, se trata en principio de una norma general, tesis que compartimos toda vez que no sólo está dirigida a los pueblos indígenas. Sin embargo, a continuación señala que esta no afecta directamente a los pueblos indígenas, y en consecuencia, no resulta exigible el derecho a la consulta en el caso de la Ley de recursos hídricos (exp. N° 00025-2009-PI, f.j. 28). Por todo ello, resulta de vital importancia fijar un criterio que sea lo suficientemente abierto y al mismo tiempo preciso, para evitar que se vacíe de contenido el derecho a la consulta.

Por nuestra parte consideramos que se debe establecer claramente, que una medida legislativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando esta repercute en los pueblos indígenas, sea porque aun cuando no está referida a estos, del contenido material de la medida normativa se desprende una posible afectación de tales pueblos en ámbitos que les son propios. En tal sentido, deberían ser consultadas no solo las normas que imponen restricciones o limitaciones a los pueblos indígenas (afectación negativa) sino incluso las que confieren beneficios, realizan u optimizan el contenido y el ejercicio de un derecho de los pueblos indígenas (afectación positiva) (3).

La denominación de la disposición no es el criterio para evaluar la afectación directa, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en los pueblos indígenas. El criterio a tenerse en cuenta serán en primer lugar, cuando la medida normativa afecte los derechos de los pueblos indígenas, de manera especial cuando la referida medida afecte en concreto y de manera directa el territorio, el hábitat tradicional y los recursos naturales de determinados pueblos indígenas, cuando afecte sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual o a las tierras que ocupan y/o utilizan de alguna manera, así como cuando se afecte su propio desarrollo económico, social y cultural.

Ciertamente, las reglas que se establezcan para realizar la consulta previa de los actos normativos, no deberán tomarse de espaldas a los pueblos indígenas. Deberá escucharse a las organizaciones indígenas previamente y tomarse en cuenta sus planteamientos. Solo de esa manera estaremos ante un intento genuino de crear un pronunciamiento intercultural del derecho.

#### **Notas:**

(1) En este artículo retomamos algunas ideas trabajadas en nuestro artículo "Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?". Ver <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637> [4].

(2) Así por ejemplo, en la sentencia C-030/08 sobre consulta de la Ley General Forestal, la Corte Colombiana señaló que "La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos". Igualmente, precisó que "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".

(3) Hacemos nuestras algunas ideas desarrolladas por Mijail Mendoza Escalante, en diversas discusiones académicas.

—

\*Juan Carlos Ruiz Molleda es abogado con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con experiencia de trabajo en Derecho Parlamentario, Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Perteneció al Instituto de Defensa Legal (IDL) desde el año 2005 a la fecha. Se tituló en Derecho con la Tesis: "Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia en el Perú".

---

Fuente: Publicado en el portal informativo de Justicia Viva: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=967> [5]

**Tags relacionados:** [consulta congresal](#) [6]

[consulta normativa](#) [7]

[convenio 169 OIT](#) [8]

[derecho a la consulta](#) [9]

[derechos indígenas](#) [10]

[idl](#) [11]

[juan carlos ruiz molleda](#) [12]

[Pueblos Indígenas](#) [13]

[tribunal constitucional](#) [14]

**Valoración:** 0

Sin votos (todavía)

**Source URL:** <https://www.servindi.org/actualidad/79061>

## Links

[1] <http://semanaeconomica.com/articulos/93161-ley-de-consulta-previa-avances-y-proximos-retos>

[2] [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/4b032ab83c7e497105257a0c007bc34f/\\$FILE/PL01183280512.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/4b032ab83c7e497105257a0c007bc34f/$FILE/PL01183280512.pdf)

[3] <http://www.marisolperetzello.pe/wp-content/uploads/2012/01/INFORME-CONSULTA-PREVIA-Final.pdf>

[4] <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

[5] <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=967>

[6] <https://www.servindi.org/etiqueta/consulta-congresal>

[7] <https://www.servindi.org/etiqueta/consulta-normativa>

[8] <https://www.servindi.org/etiqueta/convenio-169-oit>

[9] <https://www.servindi.org/etiqueta/derecho-la-consulta>

[10] <https://www.servindi.org/etiqueta/derechos-indigenas>

[11] <https://www.servindi.org/etiqueta/idl>

[12] <https://www.servindi.org/etiqueta/juan-carlos-ruiz-molleda>

[13] <https://www.servindi.org/etiqueta/pueblos-indigenas>

[14] <https://www.servindi.org/etiqueta/tribunal-constitucional>