



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿EN QUÉ CASOS EL ESTADO ESTÁ
OBLIGADO A CONSULTAR A LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS, NATIVAS
O PUEBLOS ORIGINARIOS? A
PROPÓSITO DEL CONVENIO N° 169
DE LA OIT

Luis Castillo-Córdova

Perú, agosto de 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). ¿En qué casos el Estado está obligado a consultar a las comunidades indígenas, nativas o pueblos originarios? A propósito del Convenio N° 169 de la OIT. *Actualidad Jurídica*, (189), 181-187.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

El 2 de diciembre de 1993 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Legislativa por la cual se incorporaba al derecho interno el Convenio 169 de la OIT. Es necesario definir el rango con el cual las disposiciones del mencionado Convenio se han incorporado al ordenamiento jurídico peruano. La IV Disposición final y transitoria de la Constitución tiene establecido que las disposiciones sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución deben ser interpretadas a la luz de la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Estado peruano, así como la jurisprudencia de los Tribunales internacionales cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Perú.

Esta disposición tiene las siguientes dos consecuencias posibles. Primera, que en el Tratado o Convención internacional se recojan derechos humanos que han sido expresamente reconocidos por el constituyente peruano. En este supuesto lo que ocurre es una suerte de trasvase de contenido del derecho humano desde el nivel internacional al nivel nacional, de modo que la norma internacional ayuda a la delimitación del contenido constitucional del derecho que se trate. Segunda, que el Tratado o Convención internacional traiga recogido expresamente como derecho humano uno tal que no es referido expresamente por el Constituyente peruano. En este supuesto, el derecho humano pasa a formar parte del catálogo de derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento peruano a título de derecho fundamental implícito.

En uno y otro supuesto resulta siendo manifiesto que el Tratado o Convención sobre derechos humanos pasa a formar parte del ordenamiento peruano con el rango constitucional: ya sea porque existe el mencionado trasvase de contenido, y lo establecido en la norma internacional pasa a conformar el contenido constitucional de un derecho fundamental expreso; o ya sea porque se reconoce un nuevo derecho fundamental a título de derecho implícito.

El Convenio 169 de la OIT, “Sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes”, es una norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú. Regula medidas destinadas a suscitar el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas miembros de comunidades indígenas y de las tribus, en pie de igualdad con el resto de ciudadanos y promoviendo el respeto a su singularidad cultural. En esta línea se ha dirigido el parecer del Supremo intérprete de la Constitución, cuando en referencia al mencionado Convenio ha manifestado que “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”¹.

Consecuentemente, la mencionada norma internacional tiene rango constitucional, y con ella su artículo 6.a en el que se recoge la obligación estatal de “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”.

Esta obligación estatal de consulta previa ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental de la Comunidad indígena que “viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución”² y, en esa medida –habrá que agregar– un derecho fundamental distinto y autónomo, que al no estar expresamente

¹ EXP. N.º 03343–2007–AA/TC, del 19 de febrero del 2009, F. J. 31.

² Idem., F. J. 33.



recogido en la Constitución debe asumirse como un derecho implícito, sin que este carácter disminuya en nada su fuerza vinculante. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico peruano se ha reconocido como derecho fundamental implícito el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre una medida legislativa o infralegal que les afecta directamente antes de ser aprobada.

Reconocido el derecho a la consulta como un derecho fundamental, le es aplicable todos los elementos de la Teoría general de los derechos, en particular, la categoría del *contenido constitucional o esencial* de los derechos fundamentales. Sin ánimo de desarrollar completamente los elementos que lo conforman, se han de destacar los siguientes:

a. El derecho fundamental a la consulta de la Comunidad indígena, y la consecuente obligación del Estado, nace sólo respecto de asuntos que *afecten directamente* a la Comunidad indígena. No hay derecho, y por tanto no hay obligación, a realizar la consulta previa cuando la norma regula asuntos que no les afecta o que sólo les afecta indirectamente.

b. El derecho fundamental a la consulta genera el derecho a la Comunidad indígena y el deber al Estado, de que la consulta se realice no sólo como mero cumplimiento de un requisito formal, sino también con la seria disposición primero, de adoptar un transparente procedimiento de consulta que transmita en la mayor medida de lo posible el parecer de los miembros de la Comunidad; y segundo, de tomar en consideración el parecer de la Comunidad indígena en un afán honesto de mejorar lo más posible la medida normativa que se adopte.

c. No forma parte del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, la pretensión de hacer depender la validez jurídica de una ley o reglamento de la realización de la consulta, cuando tales normas regulan situaciones de hecho que se producen también en otros ámbitos de la sociedad diferentes al indígena. En todo caso, la no realización de la consulta debiéndose realizar, sólo afectaría la vigencia de las normas para las comunidades afectadas, más no afectaría su validez general por lo que podrá ser aplicada a realidades distintas a las comunales.

d. El bien humano que se encuentra detrás de este derecho fundamental es la existencia y conservación de determinados grupos humanos con una singularidad existencial, que exige un desarrollo acorde con unas determinadas costumbres y organización que son precisamente las que definen su *esencia*. Este bien humano deberá ayudar a definir en cada caso concreto el alcance del contenido constitucional del derecho a la consulta, especialmente a dar contenido a la vaga exigencia de *afectación directa*.

e. El derecho de consulta se encuentra relacionado con otros derechos fundamentales, de los que se destaca el derecho a la igualdad. Si son grupos humanos con una cosmovisión históricamente diferente a la del resto de la sociedad, tienen derecho a un trato diferente por parte del Estado, es decir, a un trato que tome en consideración precisamente su singularidad. Se quebraría la exigencia de igualdad si se les tratase legislativa o reglamentariamente de la misma manera que se trata al resto de la sociedad, *esencialmente* diferente.