

Para: Cyrus R. Vance Center for International Justice
De: Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados
Fecha: 10 de abril de 2023
Asunto: Alcances sobre la implementación del derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado

En atención a lo requerido, el objetivo principal del presente documento es analizar la implementación del derecho de los pueblos indígenas a expresar su Consentimiento Libre, Previo e Informado (“CLPI”) en la normativa peruana y si estas cumplen con las normas jurídicas internacionales relativas al CLPI.

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) ha ido evolucionando progresivamente en la legislación nacional e internacional. El CLPI permite a los pueblos indígenas otorgar o denegar su consentimiento a un proyecto o a cualquier inversión que pueda afectarles a ellos o a sus territorios, con los recursos para tomar decisiones informadas.

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante, el “Convenio 169 de la OIT”), diversos países sentaron precedentes relevantes en la región; no obstante, el Estado peruano fue el primer país latinoamericano en reglamentar el derecho a la consulta previa a través de una ley de alcance nacional.

En tal sentido, en el año 2011, se promulgó la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa la cual estableció los lineamientos para estructurar el diálogo entre el estado peruano y los pueblos indígenas con el fin de llegar a acuerdos vinculantes sobre medidas administrativas o legislativas que pueden afectar sus derechos colectivos.

De acuerdo con cifras oficiales del Ministerio de Cultura, autoridad gubernamental encargada de conducir la consulta previa en el Perú, a la fecha se han llevado a cabo ochenta y tres (83) procesos de consulta, de los cuales setenta y dos (72) procesos se encuentran implementados y once (11) procesos se encuentran en curso. Sin embargo, aunque el derecho al CLPI esté principalmente reconocido para los pueblos indígenas en las leyes y convenios internacionales, a menudo las comunidades locales se enfrentan a los mismos problemas de acceso a la tierra y la falta de aportaciones a su propia vía de desarrollo.

En ese sentido, en el presente memorándum se detallará como en el Perú se vienen desarrollando los derechos de los pueblos indígenas y como es que tanto el contexto político como el contexto social afecta directamente en el desenvolvimiento de los pueblos indígenas en el país.

II. LEGISLACIÓN

I.1 Legislación Internacional

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) ha ido evolucionando progresivamente en la legislación internacional desde hace algunas décadas. Si bien los instrumentos internacionales específicos en materia de pueblos indígenas se aprobaron en el año 1989 con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante, el “Convenio 169 de la OIT”), el Estado peruano ya se había adherido con anterioridad a instrumentos legales internacionales que velaban por la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En esa línea, en el año 1978, el Estado peruano ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos desarrolló la autodeterminación de los pueblos, referida al derecho que tienen todos los pueblos a decidir su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural; así como reconoció, en su artículo 27, la existencia de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a los cuales no se les podrá negar a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En esa línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos del año 1969, fue ratificada por el Estado peruano en el año 1978. Entre sus disposiciones más relevantes, la Convención Americana estableció la obligación de los Estados Parte a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Este marco internacional sirvió de base para que en el año 1989 el Organización Internacional del Trabajo aprobara el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual se convirtió en el primer tratado internacional que, en adición a reconocer los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y tribales -sin obstáculos ni discriminación-, exigió a los gobiernos que consulten con los pueblos indígenas sobre las leyes que puedan afectarles directamente, para asegurar su participación y derecho a decidir en los asuntos relativos que pudieran afectar sus derechos colectivos.

Además de servir como base para el desarrollo de legislación en cada país parte, el Convenio 169 de la OIT es un instrumento de importancia para las mujeres indígenas y tribales al reconocer y velar por la protección de sus derechos y especiales necesidades; así como de garantizar un trato igualitario de derechos y libertades entre mujeres y hombres. El Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT en el año 1995; sin embargo, su implementación no fue automática como se desarrollará mas adelante en el presente informe.

En adición al Convenio 169 de la OIT, el Estado Peruano votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos, en los años 2007 y 2016, respectivamente.

Considerando que se tratan de declaraciones internaciones, el Estado Peruano no se encuentra obligado a cumplir con los derechos que se reconocen en estas; no obstante, dichas declaraciones están basadas en los principales tratados internacionales de derechos humanos que el Estado Peruano si se encuentra obligado a cumplir, dentro de los cuales se encuentra el Convenio 169 de la OIT, el cual sirvió de base para la elaboración de las declaraciones.

I.2 Legislación Nacional

I.2.1 Consulta Previa

En el Perú, el CLPI se encuentra regulado por medio del derecho a la consulta previa, el cual es el derecho que tienen los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas; así como planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Este derecho fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT y fue ratificado por el Perú en el año 1995.

Sin embargo, no fue hasta el 23 de agosto de 2011, en que el Congreso aprobó por unanimidad la Ley de Consulta Previa, a propósito del conflicto social en Bagua, Amazonas, que tuvo como consecuencia la muerte de treinta tres (33) personas, entre nativos y policías. El conflicto social originado en Bagua se

generó por la adopción de una política de inversiones, como parte de la ejecución del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, que afectó los derechos colectivos de las comunidades amazónicas en el uso y gestión de los recursos naturales de sus territorios.

En ese marco, en el año 2011 se aprobó la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (en adelante, la “Ley de Consulta Previa”) y, al año siguiente, mediante Decreto Supremo N° 1-2012-MC, se aprobó el Reglamento que desarrolla las disposiciones de la Ley (en adelante, el “Reglamento”). Es así que, en función a lo establecido por el Convenio 169, el marco legal ha dispuesto que, para el reconocimiento como pueblo indígena u originario, deben cumplirse dos elementos esenciales, uno objetivo y otro subjetivo. Los criterios objetivos adoptados en la Ley de Consulta previa son los siguientes:

- Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Instituciones sociales y costumbres propias.
- Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Por otra parte, el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Es decir, el elemento subjetivo se encuentra relacionado con su auto reconocimiento como pueblos indígenas.

a) Los actores en la consulta previa

Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados en forma directa por una medida legislativa o administrativa.

De acuerdo con la normativa peruana, se considera pueblo indígena u originario es aquel que se auto reconoce como tal y que descende de poblaciones que habitaron en el país desde antes de la colonia y que, cualquiera que sea su situación jurídica actual, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La población de las comunidades campesinas andinas y de las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificadas como parte de los pueblos indígenas u originarios, en tanto se encuentren presentes los criterios objetivos y subjetivos señalados por el Convenio N°169. Es importante tener en cuenta que las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos.

Con la finalidad de identificar a los pueblos indígenas u originarios, la Ley de Consulta Previa dispuso la creación de una base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas (en adelante, la “Base de Datos”), la cual está a cargo del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. La Base de Datos es la fuente oficial del Estado peruano en cuanto a información sociodemográfica, cualitativa y geográfica de los pueblos indígenas u originarios identificados a nivel nacional, de conformidad con los criterios de identificación establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

A la fecha, la Base de Datos ha identificado cincuenta y cinco (55) pueblos indígenas en el Perú, de los cuales cincuenta y uno (51) son de la Amazonía y cuatro (4) de los Andes. De acuerdo con la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que aprobó la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, las fuentes principales para la obtención de la información son los censos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática; la data de comunidades campesinas y nativas del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y de los Gobiernos Regionales a través de sus oficinas competentes; los registros de organizaciones, instituciones

y comunidades de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP); las disposiciones legales vigentes sobre pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI); la data de la red vial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación; entre otras fuentes complementarias.

Es importante precisar que la Base de Datos se encuentra en constante actualización y que tiene carácter declarativo y referencial. Dada su naturaleza distinta a la de un registro, no es constitutiva de derechos.

En adición a la identificación de los pueblos indígenas u originarios, la Base de Datos incluye adicionalmente la lista de lenguas indígenas u originarias, un buscador de localidades de pueblos indígenas, un mapa etnolingüístico del Perú, los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, entre otros. En enlace de acceso a la Base de Datos es el siguiente: <https://bdpi.cultura.gob.pe/>

b) Autoridades a cargo del proceso de consulta previa

El Estado peruano, a través de sus diferentes niveles de gobierno nacional, regional y local, es el único responsable de organizar, promover y convocar el proceso de consulta. En el caso de los gobiernos regionales y locales, el proceso de consulta previa sólo podrá ser llevado a cabo previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

Si bien las distintas entidades del Estado pueden llevar a cabo el proceso de consulta previa, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, en su calidad de órgano técnico especializado en materia indígena, es el encargado de concertar, articular y coordinar la política de implementación del derecho a la consulta previa. No obstante, la decisión final sobre la medida consultada corresponde a la entidad promotora, ya sea Ministerio, gobierno regional o gobierno local.

Es relevante precisar que ninguna empresa o entidad privada puede llevar a cabo el proceso de consulta previa.

c) Sobre las medidas o decisiones consultadas

De acuerdo con la Ley de Consulta Previa, se deben consultar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que podrían generar una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

En tal sentido, la consulta se realiza sobre las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto (como las actividades extractivas, forestales, agrícolas, entre otros), o el que autorice al Estado a la suscripción de contratos con el mismo fin.

Asimismo, esta se realiza sobre las normas con rango de ley (leyes, ordenanzas regionales y municipales y los decretos legislativos) que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Adicionalmente, el Reglamento establece que la consulta también es de aplicación a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

No obstante lo expuesto, la Ley de Consulta Previa establece ciertas excepciones para su aplicación, las cuales se detallan a continuación:

- Las normas de carácter tributario o presupuestario no son materia de consulta.
- No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que

requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas.

- No serán consultadas las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes.
- Los decretos de urgencia tampoco son sometidos a consulta. Estos decretos son de carácter extraordinario y se emiten sólo en materia económica y financiera con un alcance general. Los aprueba el Poder Ejecutivo en sesión de Consejo de Ministros.

Si bien las entidades estatales son las responsables de identificar las medidas que serán materia de consulta, 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.

d) Etapas del proceso de consulta previa

De acuerdo con el Reglamento, las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

- (i) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- (ii) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- (iii) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- (iv) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- (v) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- (vi) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- (vii) Decisión.

El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

1.2.2 Participación Ciudadana

Uno de los mecanismos establecidos en la normativa peruana es el de la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones. Al respecto, se establece que la participación es el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas, así como en su ejecución y fiscalización.

En específico sobre la participación ciudadana en el marco de proyectos de inversión, la legislación ambiental recoge el proceso de participación ciudadana como un requisito esencial en la evaluación y ejecución de proyectos de inversión pública y privada, así como de proyectos de manejo de los recursos naturales, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. El SEIA, entre otros aspectos, establece los lineamientos para las evaluaciones del impacto ambiental de proyectos de inversión en el país y clasifica dichas evaluaciones en tres categorías de Estudios Ambientales dependiendo del tipo de proyecto y los impactos que se generarán.

En esa medida, la participación ciudadana es de cumplimiento obligatorio por parte del titular de las actividades, como parte del proceso de evaluación y aprobación de sus Estudios Ambientales. Este

requisito resulta esencial dado que sin que se cumpla con los mecanismos obligatorios establecidos, la autoridad competente no podrá dar inicio a la evaluación del Estudio Ambiental y en este sentido, el titular de la actividad no podrá contar con la certificación ambiental, requisito obligatorio para el inicio de las actividades productivas, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control.

No obstante, es preciso indicar que la participación ciudadana es aplicable a toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, siendo esta considerada como pueblo indígena o no; mientras que la consulta previa, sólo es aplicable a los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, la participación ciudadana, dependiendo del tipo de mecanismo y etapa en la cual se dé, puede ser realizada por el Estado o por el titular de la actividad, mientras que, en el caso de la consulta previa, esta sólo podrá ser realizada por el Estado.

III. JURISPRUDENCIA

3.1 Jurisprudencia Internacional

La Constitución Política del Perú de 1993 establece que las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos ratificados por el Perú, como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas detallados en el Convenio 169 de la OIT, tienen rango constitucional. El Perú no cuenta con jurisprudencia específica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"). No obstante, la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencia relevante relacionada a la participación que tienen los pueblos indígenas en la toma de decisiones respecto a sus tierras.

La Corte IDH comienza a desarrollar el derecho a la consulta previa a través del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Este caso gira en torno a la responsabilidad internacional del Estado de Surinam por no adoptar las medidas efectivas que permitan reconocer el derecho de propiedad comunal del pueblo Saramaka. En este caso, la Corte IDH establece, por primera vez, el deber de consultar activamente con dicha comunidad, en base a sus costumbres y tradiciones, lo cual implica una comunicación constante entre las partes y que el Estado acepte y brinde información (2007, párr. 133).

El caso del pueblo Saramaka vs. Surinam sienta las bases a nivel internacional sobre el derecho a la consulta previa. No obstante, el caso no sólo se limita a establecer la obligación de consultar a los pueblos indígenas involucrados, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, siguiendo las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. En tal sentido, la Corte IDH marca un hito al desarrollar el consentimiento libre, informado y previo, el cual se requerirá en aquellos casos en los que "*se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka*" (2007, párr 134).

Posteriormente, con fecha 27 de junio del 2012, surge el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, el cual trata sobre el incumplimiento de la obligación del Estado ecuatoriano de adoptar medidas necesarias que tengan como finalidad garantizar que el pueblo Kichwa de Sarayaku participe, a través de sus instituciones, de acuerdo con sus valores, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidan en sus territorios (2012, párr. 232). En esta misma sentencia, se señala que el derecho a la consulta previa será considerado como principio general del Derecho Internacional (2012, párr. 164). La sentencia del caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador como la del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam establecen precedentes que reafirman la obligación de los Estados a la realización de los procesos de consulta previa.

Si bien existe una similitud entre las sentencias emitidas por la Corte IDH de considerar como una obligación el realizar los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas, también existe una distinción en torno a la necesidad de ratificar el Convenio 169 de la OIT. En la sentencia del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, se menciona que no sería necesario que el Estado ratifique el Convenio 169 de la OIT para considerar como un deber de los Estados el realizar los procesos de consulta previa. Ello, en

base a una interpretación evolutiva en el que se considera que al momento que el Estado de Surinam ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado de Surinam se encontraba obligado a consultar a los pueblos (2007, párr. 93). Sin embargo, en la sentencia del caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la posición de la Corte IDH varía al momento de mencionar que el Estado ecuatoriano tendría el deber de realizar la consulta previa al momento que ratifica el Convenio 169 de la OIT (2012, párr. 172).

La sentencia del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam se dio con anterioridad a la promulgación de la normativa peruana sobre consulta previa; sin embargo, se puede observar que muchas de sus reglas vinculantes mencionadas han sido desarrolladas en los diferentes artículos de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento. A su vez, en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que fue emitida con posterioridad a la promulgación de la Ley, reafirma muchos puntos tratados en el primer caso. Sin embargo, hemos podido observar que hay un punto en ambos casos jurisprudenciales que el Perú aún no ha desarrollado correctamente, ni en la práctica, ni a nivel normativo, sobre cuál sería el momento adecuado en el que se debería realizar el proceso de consulta previa, lo cual sigue siendo un debate hasta la fecha.

En adición a lo expuesto, otro aspecto relevante en sede internacional, es el estado del Examen Periódico Universal (en adelante, “EPU”), el cual tiene como objetivo revisar el cumplimiento de los compromisos respecto a derechos humanos de los ciento noventa y tres (193) Estados miembros de las Naciones Unidas. El EPU se configura en ciclos de cuatro (4) años y medio, siendo el último EPU de Perú en el año 2017, por lo que actualmente el Perú se encontraría en este proceso de evaluación. Los documentos en los que se basan los exámenes son la información del Estado, información de expertos y/o grupos independientes de derechos humanos, y la información procedente de los otros interesados incluyendo a las instituciones nacionales de derechos humanos.

En el marco del proceso de la EPU, la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (en adelante, la “ONAMIAP”) ha presentado un informe alternativo para la evaluación del Estado peruano ante la ONU en materia de derechos humanos. En este informe, la ONAMIAP informa que la regulación en materia de consulta previa no se encuentra adecuada a los estándares internacionales de derechos de los pueblos indígenas y no estaría garantizando el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Ante ello, la ONAMIAP menciona que el Estado peruano considera que la consulta previa solo debería aplicar en un contexto de medidas emitidas por el Poder Ejecutivo, ello debido a que a la fecha no ha existido ningún procedimiento que garantice consulta previa ante medidas tomadas por el Poder Legislativo.

Adicionalmente, la ONAMIAP detalla en su informe el Estado permite que las empresas ingresen a territorios indígenas antes de que se inicien los procesos de consulta previa, lo cual genera que las empresas desplieguen estrategias que dividen a las comunidades. Finalmente, detallan que el Estado no garantiza que el consentimiento sea informado, ya que los procesos de consulta no se brinda información de los impactos de la actividad extractiva, ello debido a que en el Perú no se consultan los Estudios de Impacto Ambiental. A la fecha, no se cuenta con los resultados de último periodo del EPU de Perú.

3.2 Jurisprudencia Nacional

La jurisprudencia nacional ha tenido diversas interpretaciones respecto a la aplicación del derecho a la consulta previa. La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA/TC, de fecha 19 de febrero 2009, desarrolla la definición de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y su vinculación con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. La libre autodeterminación consiste en la “capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y a facultad de aplicar su derecho consuetudinario” (2007, fd. 32). Ello, según la misma sentencia, sirve como base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa (2007, fd. 33).

En esa línea, el Tribunal Constitucional detalló, con fecha 11 de noviembre del 2008, en su Sentencia N° 06316-2008-PA/TC que a la consulta previa se le reconocerá como mecanismo de participación, la cual permite a las comunidades nativas decidir las prioridades que tienen en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura. Ello, promueve la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y permite que las opiniones de las comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar (2008, fd. 21).

En adición, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0022-2009-PI/TC, del 9 de junio de 2010, gira en torno a la importancia de hacer la distinción entre el derecho a la consulta previa y el derecho a veto. Se menciona que en el Convenio 169 de la OIT no se desarrolla la atribución a los pueblos indígenas al derecho de veto y que de la interpretación de los artículos del Convenio 169 de la OIT no se puede desprender el derecho al veto (2009, fd 24). A raíz de ello, se menciona que la obligación del Estado es el de consultar al pueblo indígena, lo cual no significa que ellos tengan la capacidad de impedir las decisiones que se tomen, ello debido a que como menciona el Convenio 169 el fin de la consulta previa es llegar a un acuerdo.

Asimismo, con fecha 30 de junio de 2010, en la Sentencia N° 05427-2009-AC, el Tribunal Constitucional insta al Ministerio de Energía y Minas a que reglamente el procedimiento para llevar a cabo el derecho a la consulta previa, ello debido a que la ausencia de aquella normativa ha ocasionado y continúa ocasionando conflictos sociales en el país (2009, fd. 43). Posteriormente, a través de la Sentencia A.P. N° 29126-2018 Lima, emitida por la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente, de fecha 24 de octubre del 2019, se dispone la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que permitían que las medidas vinculadas a los servicios públicos sean exceptuadas del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Esta sentencia ha sido declarada con efecto retroactivo, por lo que podrá aplicarse de manera retroactiva desde la fecha que inició la vigencia del derecho a la consulta previa en nuestro país, es decir, desde la publicación del Reglamento, año 2012.

Luego las sentencias mencionadas, el Tribunal Constitucional desarrolló en su Sentencia N° 03066-2019-PA/TC, con fecha 20 de enero de 2022, una posición contraria a las anteriormente señaladas. En esta sentencia se declara improcedente la demanda interpuesta por las comunidades indígenas en el marco del otorgamiento de concesiones mineras sin que hayan sido partícipes de un proceso de consulta previa. Para desarrollar su fundamento, el Tribunal Constitución estableció que el Convenio 169 de la OIT, en nuestro ordenamiento peruano no tiene rango constitucional, ello se detalla a continuación:

"[...]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 [...]" (2019, párr. 3 y 4)

El Tribunal Constitucional señala lo expuesto ignorando que la Constitución Política del Perú dispone que los tratados internacionales que han sido ratificados por el Perú y, que tratan en su contenido derechos humanos forman parte del ordenamiento peruano y se los considera de rango constitucional.

Ante esta última sentencia del Tribunal Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un comunicado de prensa, la cual reafirma que la Corte IDH ha declarado una obligación de los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, el realizar procesos de consulta previa cuando se vean afectados los intereses de los pueblos indígenas. De la misma manera, se señala que es obligación de los y las jueces aplicar el control de convencionalidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las normas internas de los Estados.

De la misma manera, la Defensoría del Pueblo brindó un pronunciamiento respecto a esta última sentencia del Tribunal Constitucional en el que indica que el voto emitido constituye un retroceso en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, lo cual es contraria a los tratados internacionales y a la Constitución,

asimismo se aleja de los estándares previamente establecidos en su jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional. Adicionalmente, se menciona que el Tribunal se ha pronuncia en esta sentencia de la forma menos favorable para la optimización de los derechos a la identidad cultural y étnica, participación y consulta previa, lo cual afectaría los derechos de los pueblos indígenas.

Siguiendo la misma línea, la presidenta de la Comisión de Pueblos Amazónicos y Afroperuanos Ambiente y Ecología del Congreso del Perú instó a través de un oficio al Tribunal Constitucional a reconocer y respetar el derecho a la consulta previa. En este oficio resalta la preocupación que generó esta decisión del Tribunal porque colisiona con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, si bien el Tribunal Constitucional ha venido sentando precedentes sobre la exigibilidad del Convenio 169 de la OIT desde su vigencia en el país y el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, pronunciamientos como el de la Sentencia N° 03066-2019-PA/TC representan un retroceso en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

IV. CONCLUSIONES

El Perú tiene una de las mayores poblaciones indígenas de Sudamérica, pero también es una de las más excluidas en términos económicos, políticos y culturales. Durante décadas, los líderes indígenas han luchado por el reconocimiento de sus derechos colectivos, incluida la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Aunque la ratificación del Convenio 169 se dio en el año 1995, su aplicación comenzó casi dos décadas después, en 2011, cuando el Congreso aprobó la Ley de Consulta Previa.

El objetivo principal del proceso de consulta previa es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado para la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

El reglamento define que las "medidas administrativas" sujetas a consulta son las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que autorice el inicio de la actividad o proyecto en cuanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La entidad estatal responsable del proceso de consulta es el Ministerio de Cultura, quien debe coordinar todas las políticas públicas relacionadas con la aplicación de este derecho. La decisión final sobre la aprobación o desaprobación de cualquier medida legislativa o administrativa está en manos del Estado.

Luego de más de 10 años de aplicación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, es importante que se evalúe su adecuación a los estándares internacionales para una correcta protección de los derechos de los pueblos indígenas.
