

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen
Gobierno

La implementación de la consulta previa en el Perú a la luz
de la juris interamericana: Avances y desafíos

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor:

Bárbara Yveth Landeo Barrantes

Asesor:

Pedro Junior Calvay Torres

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, PEDRO JUNIOR CALVAY TORRES docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "**La implementación de la consulta previa en el Perú a la luz de la juris interamericana: Avances y Desafíos**", del autor LANDEO BARRANTES, BARBARA YVETH, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11 de diciembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de febrero del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> PEDRO JUNIOR CALVAY TORRES	
DNI: 44384958	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9602-6082	

RESUMEN

A través del desarrollo del presente artículo se busca determinar si el proceso de consulta previa que se realiza en el Perú es conforme a los estándares internacionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese sentido, se partirá por establecer el estado situacional actual, a nivel nacional, tanto normativo, jurisprudencial como social, en el que se encuentra dicho proceso, sin dejar de lado el derecho comparado con nuestros pares sudamericanos, así como los principales pronunciamientos y jurisprudencia emitida por el tribunal internacional en mención, para, finalmente, contrastar el contexto peruano en el que se encuentra la aplicación del derecho a la consulta previa, en el marco del parámetro internacional desarrollado.

Así, en atención a las fuentes consultadas, conformadas, principalmente, por jurisprudencia, doctrina, así como datos cuantitativos y cualitativos, se ha podido verificar que existen serias deficiencias en cuanto a la efectivización del derecho bajo análisis, por lo que, al no haber concordancia entre los parámetros establecidos en el sistema interamericano en materia de derechos indígenas, y la realidad peruana, se perpetúa una dinámica estructural, amparada por las propias instituciones formales del Estado, que margina a un grupo social que históricamente ha sufrido de discriminación por razón de su origen.

Palabras clave

Pueblos indígenas - Consulta previa - Corte Interamericana de Derechos Humanos

ABSTRACT

Through the development of this article we seek to determine whether the prior consultation process carried out in Peru is in accordance with the international standards established by the Inter-American Court of Human Rights, in that sense, it will begin by establishing the current situational state, at the national level, both normative, jurisprudential and social, in which said process is found, without leaving aside the law compared to our South American peers, as well as the main pronouncements and jurisprudence issued by the international court in question, to, finally, contrast the Peruvian context in which the application of the right to prior consultation is found, within the framework of the developed international parameter.

Thus, in response to the sources consulted, mainly made up of jurisprudence, doctrine, as well as quantitative and qualitative data, it has been possible to verify that there are serious deficiencies in terms of the implementation of the right under analysis, therefore, since there are no agreement between the parameters established in the inter-American system regarding indigenous rights, and the Peruvian reality, a structural dynamic is perpetuated, protected by the formal institutions of the State itself, which marginalizes a social group that has historically suffered discrimination based on its origin.

Keywords

Indigenous villages - Prior consultation - Inter-American Court of Human Rights

ÍNDICE

Introducción.....	1
Sección 1: Estado situacional del proceso de consulta previa en el Perú a partir de la emisión de la Ley.....	3
1.1 Principal jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano.....	4
1.2 Marco normativo del derecho a la consulta previa en el Perú.....	6
1.3 Modelo de consulta previa en comparación con las tendencias latinoamericanas.....	8
1.4 Percepciones de la consulta previa en la sociedad civil.....	10
Sección 2: Estándares internacionales determinados por la Corte IDH con relación al derecho a la consulta previa.....	14
2.1 Implicancias del derecho a la consulta previa para la Corte IDH.....	15
2.2 Principales estándares establecidos.....	17
Sección 3: Derecho a la consulta previa en el Perú a la luz de las obligaciones internacionales derivadas de la interpretación del C169 de la OIT establecida por la Corte IDH.....	23
3.1 Relación entre el derecho nacional y el derecho convencional.....	24
3.2 Cumplimiento de los parámetro internacionales sobre el derecho a la consulta previa en el Perú.....	26
Conclusiones.....	28
Bibliografía.....	30

INTRODUCCIÓN

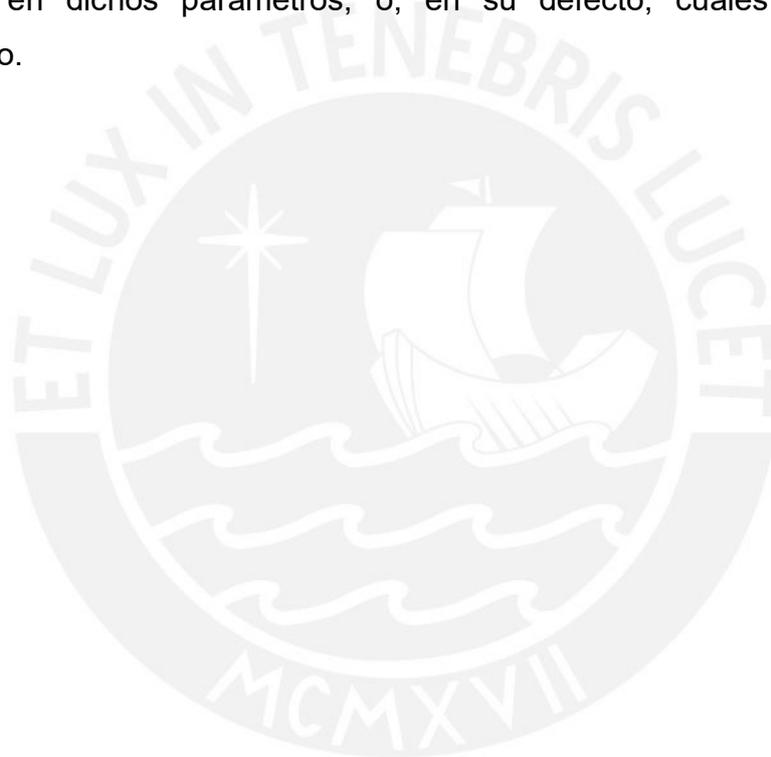
A lo largo de los años, América Latina ha sido testigo de las luchas de los pueblos indígenas para garantizar la efectividad de sus derechos humanos y colectivos. Muchos de los Estados que salían de la época colonial vieron representado en la población indígena el retroceso y la barbarie, que finalmente terminó por transformarla, ante los ojos de quienes ostentaban el poder social y político, en una “minoría subdesarrollada” que obstaculizaba la ansiada modernidad, acentuándose una discriminación estructural que afectaba principalmente el ejercicio de su autonomía, sus tierras colectivas, su identidad indígena, entre otros (Stavenhagen, 2006, p. 22).

En este contexto, el derecho de los pueblos indígenas en la jurisdicción internacional, aunque fue dejado de lado por muchos años, poco a poco comenzó a cobrar importancia, primero, con la publicación en 1957 del Convenio 107, sobre poblaciones indígenas y tribales, que si bien se constituía como el primer instrumento internacional en materia indígena, aún evidenciaba cierto grado de racismo hacia este grupo social, a quienes consideraba parte de una “etapa menos avanzada”; por lo que, ante los razonables reclamos de los propios colectivos indígenas, en 1989 se aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales (en adelante, **C169 de la OIT**), reconocido por la comunidad internacional como uno de los más importantes en la materia y de vinculación obligatoria para los Estados que se encuentren adheridos (OIT, s/f., pp. 2-3).

Así pues, desde 1995, se encuentra en vigencia en el Perú, y por tanto es exigible, el C169 de la OIT; no obstante la realidad fáctica da cuenta de que el plano jurídico, no se ha visto reflejado en los hechos, ya que desde esa fecha las disposiciones contenidas en dicho instrumento no fueron efectivizadas hasta que, tras la ocurrencia de múltiples conflictos sociales, y más de quince años después, el Estado peruano se vio en la necesidad de formalizar el referido Convenio, aún cuando el instrumento internacional, por sí mismo, ya era exigible. Al 2023, sin embargo, el panorama no es muy alentador. Constantemente, salen a la luz vulneraciones a las personas indígenas, con mayor incidencia en sus

propiedades colectivas, que ponen en duda la validez de la protección que se le brinda a este grupo social.

En este contexto, resulta relevante establecer claramente, en primer lugar, cuál es el estado situacional en el que se encuentra el Perú, respecto al ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, seguidamente, identificar cuáles son los estándares interamericanos que han sido determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **Corte IDH**), tanto en su jurisprudencia como en sus pronunciamientos, respecto a esta materia, a fin de determinar, a su vez, si la actuación del Estado peruano se encuentra enmarcada en dichos parámetros, o, en su defecto, cuáles se estarían incumpliendo.



La implementación de la consulta previa en el Perú a la luz de la jurisprudencia interamericana: Avances y desafíos

Sección 1: Estado situacional del proceso de consulta previa en el Perú a partir de la emisión de la Ley

Tal como se ha mencionado previamente en la parte introductoria, el derecho a la consulta previa se incorpora al ordenamiento jurídico peruano a través de la ratificación del C169 de la OIT, el mismo que entra en vigencia a partir del año 1995; no obstante, luego de sendos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional (en adelante, **TC**), y convulsiones sociales del tipo socioambiental, como la sucedida en Bagua, un 07 de septiembre de 2011, es decir, más de 15 años después de la entrada en vigor del referido Convenio, se publica la Ley N° 29785, que aprueba la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el C169 de la OIT (en adelante, **LDCP**).

Así, aun cuando el derecho en cuestión implicaba, para el Estado peruano, en tanto país adherente al referido Convenio, la obligación de respetar y garantizar dicho derecho, no fue hasta que los conflictos sociales con las comunidades indígenas se volvieron insostenibles en el plano socio político, que desde el poder judicial, a través de jurisprudencia constitucional, se instó a que desde el poder legislativo, y luego desde la administración pública, se emita la LDCP y su respectivo desarrollo, de manera tal que la lectura en conjunto del ordenamiento jurídico, en concordancia con los pronunciamientos del órgano especializado, garantice el acceso y la correcta efectivización del derecho a la consulta previa.

En ese sentido, en la presente sección se analizará, en primer lugar, la principal jurisprudencia emitida por el TC, que dio paso a la consolidación normativa del derecho a que los pueblos indígenas sean consultados de manera previa, libre e informada, normativa que será analizada como segundo punto, para, finalmente, exponer cómo se plasma el marco normativo y jurisprudencial en el plano social.

1.1. Principal jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano

De acuerdo con los artículos II y VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el supremo intérprete constitucional debe garantizar, a través de los procesos constitucionales, la vigencia de los derechos constitucionales y los tratados de derechos humanos, debiendo procurar interpretar el alcance y contenido de los mismos de conformidad con los estándares establecidos en el plano internacional; de ahí que, no es de sorprender que la interpretación del TC, aunque tardía, haya propendido a desarrollar el derecho a la consulta previa reconocido en el C169 de la OIT.

En efecto, el pronunciamiento recogido en la sentencia recaída sobre el expediente N° 03343-2007-PA/TC marca un hito importante en la materia bajo análisis al establecer como parte integrante del derecho nacional, el contenido del C169 de la OIT, disponiendo, por tanto, su vinculatoriedad en las entidades estatales, quienes se ven en la obligación de aplicar dicho derecho. Si bien la sentencia es emitida en el año 2009, aproximadamente, catorce años después de la incorporación del tratado en el ordenamiento peruano, el hecho de reconocer su obligatoriedad, así como el deber social en el ámbito empresarial, respecto a la responsabilidad con la comunidad y su entorno; constituye un paso importante en cuanto al desarrollo jurídico del derecho a la consulta previa (TC, 2009).

Ese mismo año, se pronuncia respecto a los contratos de licencia de exploración y explotación que fueron otorgados por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **MEM**) en perjuicio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario; señalando el TC que la interpretación del derecho a la consulta previa debe realizarse en un sentido amplio a fin de alcanzar, incluso, a las poblaciones que puedan verse potencialmente afectadas con la medida a implementarse, en atención a que dicho derecho es el instrumento *sine qua non* se garantizan los demás derechos reconocidos a los pueblos indígenas (2009).

En junio del 2010, cuando el proyecto de la LDGP se encontraba en trámite, el TC emitió dos sentencias importantes que se sumaban al debate sobre el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados. Por un lado, decide, en el

marco de un proceso de inconstitucionalidad planteado por Gonzalo Tuanama Tuanama, con el expediente N° 0022-2009-PI/TC, que la norma cuestionada no era aplicable en el caso de los pueblos indígenas, reafirmando el rango constitucional del C169 de la OIT, y recalcando la idea de que, debido a una omisión normativa, se deniega el ejercicio adecuado de un derecho fundamental a un sector de la sociedad especialmente vulnerable, así como que, el proceso de consulta previa debe concretizarse dentro de los márgenes del bien común, como destino fundamental de la actividad estatal. Pero es, quizás, la decisión más relevante, la relacionada con el desarrollo de los elementos y el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, los mismos que van alineados a los que, por su parte, ha establecido la Corte IDH (TC, 2010).

Por otro lado, en el marco de la sentencia recaída sobre el expediente N° 05427-2009-PC/TC, se discutió la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (en adelante, **AIDSESP**) a través de la cual se exigía al MEM el adecuamiento de su normativa interna al Convenio ratificado. Así, además de reiterar los criterios dispuestos en las sentencias previas, establece las etapas correspondientes al proceso de la consulta a realizarse, que va desde la determinación de la medida legislativa o administrativa que potencialmente puede afectar a la población indígena, la determinación de los pueblos que serían afectados, el plazo razonable para formar opinión, para, finalmente, y en caso haya acuerdo, concluir con la negociación, o, en su defecto, iniciar una segunda etapa de negociación. En ese sentido, en atención al C169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, **DNUDPI**), precisa la necesidad de garantizar la eficacia y justiciabilidad del derecho en cuestión a fin de integrar, a través de un diálogo intercultural, a un grupo históricamente postergado de participar en las decisiones públicas; y, en consecuencia, falla a favor de que el Ministerio demandado reglamente el derecho a la consulta previa, asimismo, exhorta al Congreso a culminar con el trámite de promulgación del proyecto de la LDCP (TC, 2010).

En el 2011, año en el que finalmente se aprueba la LDCP, a través de la sentencia recaída sobre el expediente N° 00025-2009-PI/TC, el TC reitera la línea jurisprudencial que mantuvo desde el 2009 en relación al derecho a la

consulta previa, afirmando que, es una obligación constitucional que recae sobre el Estado, respecto a toda medida que pueda significar un menoscabo, perjuicio o altere de manera directa los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas (2011).

Finalmente, no se puede dejar de resaltar el pronunciamiento emitido en el marco del expediente N° 01126-2011-HC/TC, un año después de haberse publicado la norma, donde se hace énfasis en la obligación estatal de concretizar el ordenamiento jurídico en la realidad, a fin de que sus efectos se desplieguen en beneficio de los y las ciudadanas, asimismo, no deja de lado la importante labor que realizan los operadores de justicia, con especial atención en las instancias constitucionales, respecto a la supervisión del cumplimiento de los derechos fundamentales y el deber de cubrir los vacíos que se producen entre la realidad y las normas vigentes (TC, 2012).

1.2. Marco normativo del derecho a la consulta previa en el Perú

En el contexto jurisprudencial detallado en la sección previa, así como en el marco del C169 de la OIT, el 07 de julio de 2011, se publica la LDGP, y su posterior Reglamento, como respuesta a la necesidad social de implementar y garantizar el derecho que ya había sido reconocido, a través de la incorporación del tratado, en el ordenamiento jurídico peruano. Así, bajo un enfoque de interculturalidad, se desarrollan los criterios esbozados tanto a nivel constitucional como interamericano, respecto a la concretización del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, para lo cual se crea la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, **BDPIO**), la misma que constituye una fuente de información no vinculante ni constitutiva de derechos, para las entidades públicas; asimismo, sin perjuicio de las responsabilidades que cada Entidad promotora de la medida a consulta debe realizar, se establece que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (en adelante, **Mincul**) es el órgano técnico especializado en cuanto a materia indígena.

Ahora bien, aun cuando el Reglamento de la LDGP desarrolla de manera detallada cómo debe darse el proceso de consulta que garantice el derecho colectivos de los pueblos indígenas, existen supuestos, validados por dicha norma, por los que se podría obviar el proceso regular normado, esto es, ante

normas de carácter tributario o presupuestario, en situaciones de emergencia, cuando se requiera adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, o cuando se requiera realizar, por necesidad pública, una exploración o explotación en reserva indígena de un pueblo en aislamiento o contacto inicial determinado.

Entre las normas administrativas que desarrollan el derecho bajo análisis, y permitirían facilitar su implementación, resulta pertinente resaltar la creación del Registro Nacional de intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u originarias del Mincul, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2015-MC, que integra los registros creados en el 2013 y 2012, con la finalidad de garantizar efectivamente los derechos lingüísticos de las personas indígenas; en relación a ello, el Reglamento de la ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú (Decreto Supremo N° 004-2016-MC) establece que se debe promover el uso de su lengua indígena u originaria, debiendo contar con los intérpretes correspondientes, de ser necesario. Asimismo, con la Resolución Ministerial N° 152-2021-DM-MC, se aprueba el Listado de distritos con mayor presencia y concentración de población indígena u originaria a nivel nacional, sin excluir, la existencia de otros pueblos no considerados en dicho Listado.

Por otro lado, a través de la Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC, se prevé el procedimiento para exigir el derecho de petición que tienen los pueblos indígenas, a fin de que puedan ser incluidos en un proceso de consulta previa o iniciar uno, en un plazo máximo de quince días posteriores a la publicación de la medida, de haber sido el caso, o hasta un día antes de la emisión de la misma, de no existir publicación alguna.

Además, entre los supuestos reconocidos normativamente en los que de manera obligatoria se debe realizar la consulta previa, se tiene el Reglamento de la Ley Marco sobre Cambio Climático (Decreto Supremo N° 013-2019-MINAM), donde se dispone que se deberá garantizar espacios participativos para los pueblos indígenas u originarios, en el marco de la LDGP, en materia de cambio climático; asimismo, con el Decreto Supremo N° 014-2022-PRODUCE, se garantiza la aplicación del derecho a la consulta previa en materia de gestión ambiental de la

industria manufacturera y comercio interno. Con relación a las actividades mineras, cabe resaltar que, aunque se ha establecido en el Reglamento de Procedimientos Mineros (Decreto Supremo N° 020-2020-EM) que, de manera previa al inicio de los trámites correspondientes para la autorización de actividades de exploración minera, la autoridad competente debe determinar si el ámbito que se busca explorar se encuentra dentro de los alcances de la LDGP; no se establece explícitamente si resulta obligatorio realizar el proceso de consulta o es solo para efectos de conocimiento.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar que, a pesar de la prepublicación de la propuesta de Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios, a través de la Resolución Ministerial N° 000180-2021-DM-MC, proyecto que preveía la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, los mismos que deben ser vistos de manera interrelacionada; dicha propuesta no fue aprobada.

1.3. Modelo de consulta previa en comparación con las tendencias latinoamericanas

Desde su entrada en vigor, en 1991, el C169 de la OIT ha sido ratificado por 24 países, incluyendo aquellos que, debido a su historia, mantienen en sus territorios mayor presencia indígena, como es el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En ese sentido, resulta relevante comparar el derecho implementado a nivel comparado, a fin de determinar cuáles son los aportes o impactos relevantes que se han obtenido en relación con lo regulado en el ordenamiento peruano, para lo cual se analizarán, por un lado, el modelo boliviano, y, por otro lado, el modelo ecuatoriano.

Así pues, el derecho a la consulta previa se introduce en el país boliviano, al igual que en el Perú, a través del bloque de constitucionalidad del que forma parte el C169 de la OIT, con la particularidad de que también se encuentra incluida la DNUDPI, ratificada por dicho país en el 2007, y que el derecho en cuestión se encuentra recogido en los artículos 30 y 403 de su Constitución, es decir, también forma parte de su derecho nacional (Arias 2012, pp. 202 - 205).

Con relación al procedimiento específico con el que se desarrollaría el proceso de consulta previa, resulta llamativo que el país boliviano no cuenta con una norma de carácter general que lo regule; por el contrario, en el ámbito sectorial,

existen normas referidas a los sectores de hidrocarburos y de minería, que establecen la forma en que dicho derecho se aplicará, así como los supuestos en que se deberá realizar (Defensoría del Pueblo 2017, p. 24).

Ahora bien, no obstante el derecho boliviano incorpore el derecho a la consulta previa tanto como derecho humano reconocido por la comunidad internacional, así como parte de su derecho constitucional, no está exento de que la aplicación del mismo adolezca de ciertas inconsistencias en su efectivización. De hecho, tal como menciona Arias Lopez (2012, pp. 211-213), existen tres casos en los que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se vio menguado: con la promulgación de la Constitución del 2009 sin haber sido consultada, el pronunciamiento de su Tribunal Constitucional negando el consentimiento previo (que posteriormente fue rectificado) y el inicio de construcción de construcción del tramo ii de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, afectando territorio indígena (obra que finalmente fue paralizada).

En cuanto al modelo ecuatoriano, resulta importante resaltar que este país se autopercibe como plurinacional, reconociendo así a las comunidades y pueblos que son parte de dicho Estado; siendo que, adicionalmente a los indígenas que se mantienen en aislamiento voluntario, cuentan con un total de 13 grupos indígenas (Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, p. 5). En este contexto, y al igual que su par boliviano, la Constitución de Ecuador reconoce expresamente que la realización de la consulta previa es un derecho exigible en su territorio nacional, notándose un cambio favorecedor al ampliar lo dispuesto en la norma suprema de 1998 al incluir la consulta previa emisión de normas legislativas que puedan afectar los derechos colectivos de los indígenas (Carrión, 2012, p. 19).

Asimismo, y siguiendo la línea de Bolivia, el ordenamiento ecuatoriano no cuenta con ley de aplicación nacional que regule un procedimiento estándar para el ejercicio del derecho a la consulta previa, sino que se ha optado por aprobar normas sectoriales que establezcan la efectivización del mismo (Defensoría del Pueblo 2017, pp. 61-62); no obstante, resulta trascendental el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional (2010) ya que dispone ciertos lineamientos para la correcta efectivización del derecho en mención, que, sumado a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Pueblo Indígena Kichwa de

Sarayaku (2012), constituyen los criterios que el Estado debe tener en cuenta para garantizar el derecho a la consulta previa. Respecto a esto último, a través de la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la referida Corte (2016) se dio cuenta del cumplimiento de algunos de los puntos dispuestos en la sentencia, tales como la implementación de cursos para funcionarios sobre derechos de los pueblos indígenas, entre otras acciones, sin embargo, es importante, quizás con mayor relevancia, que el Estado ecuatoriano implemente las medidas necesarias para hacer efectivo el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa, tal como dispuso también el organismo internacional en cuestión.

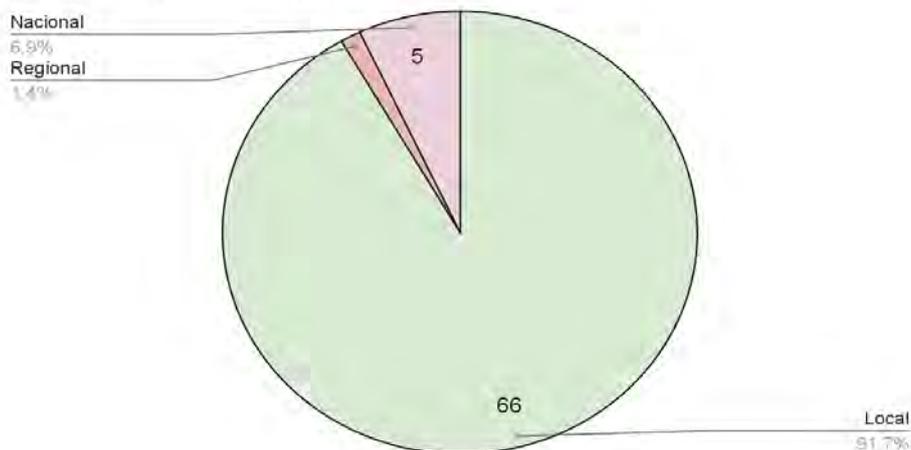
1.4. Percepciones de la consulta previa en la sociedad civil

En la línea jurisprudencial y normativa esbozada, resulta importante retratar cómo se viene efectivizando el derecho a la consulta previa en el plano nacional, para lo cual se debe tener en cuenta que el proceso de consulta previa se debe implementar teniendo en cuenta el nivel de gobierno que involucra, es decir, a nivel local, regional o nacional. En este contexto, el Viceministerio de Interculturalidad del Mincul, en su rol de órgano especializado en todo lo relacionado al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas¹, ha informado que, a la fecha, existen 83 procesos de consulta previa, de los cuales 72 se encuentran en la etapa de “Implementado”, conforme se puede observar en el Gráfico N° 1²:

¹ De conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones del Mincul, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC y la disposición contenida en la LDGP.

² Información obtenida de: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>.

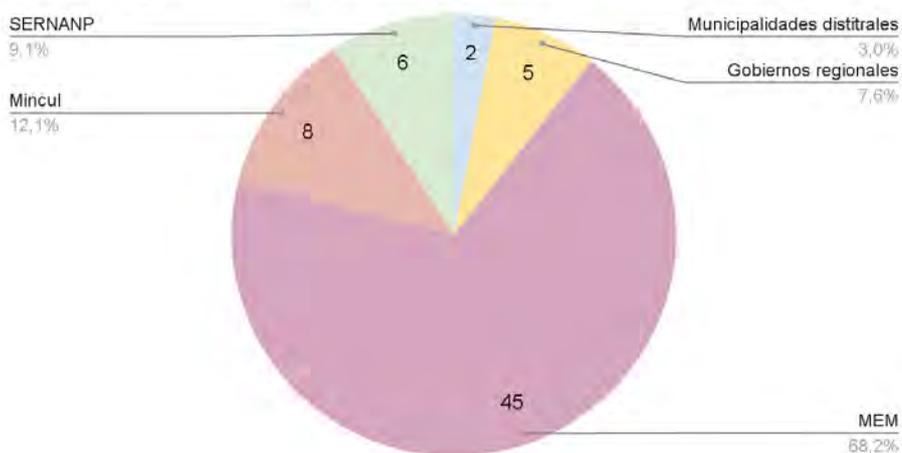
Consultas previas implementadas



Elaboración propia a partir de la información del Viceministerio de Interculturalidad.

Asimismo, respecto a los procesos de consulta previa implementados a nivel local, el órgano consultante que predominó fue el MEM, tal como se aprecia en el Gráfico N° 2³:

Consultas previas a nivel local implementadas



Elaboración propia a partir de la información del Viceministerio de Interculturalidad.

Es decir, de la información que se tiene respecto a los procesos de consulta previa implementados en el país, se aprecia una tendencia por la realización de los mismos a nivel local (91.7%) bajo la conducción del MEM (68.2%), lo que implica que los temas materia de consulta hayan versado, en su mayoría, sobre

³ Ídem.

contratos de exploración y/o explotación en minería e hidrocarburos; situación que no difiere de los procesos de consulta previa en curso (Viceministerio de Interculturalidad, s/f). Esta preferencia por garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, solo respecto a proyectos empresariales que puedan interferir en el ejercicio de sus demás derechos, sobre todo el de propiedad, nos lleva inevitablemente a cuestionar el por qué no se ponen los mismos esfuerzos por consultar aquellas iniciativas legislativas o administrativas que se realicen a nivel regional o nacional, las mismas que, dados sus alcances, tienden a contener puntos de mayor interés para el desarrollo de los pueblos indígenas.

De hecho, no sorprende que, tras la aprobación de la LDGP y su Reglamento (este último, como resultado de uno de los pocos procesos de consulta previa implementados a nivel nacional), la principal preocupación del gobierno de turno haya sido el éxito en la aplicación de este derecho a fin de garantizar la iniciativa privada, tal como se da cuenta en Diez Hurtado (2014, p. 5) donde, citando al Ministro de Cultura durante el gobierno de Humala, señala que éste declaraba públicamente que el proceso de consulta previa garantizaría la “buena inversión”, lo que, visto con los porcentajes referidos al nivel en el que se ha consultado históricamente, permite inferir que este proceso se ha aplicado como un medio que garantice la ejecución de obras y proyectos, más no como un fin en sí mismo.

Esta tendencia puede ser la causa de la gran cantidad de conflictos socioambientales que se han dado - y se siguen dando - en el país. Tal como ha detallado la Defensoría del Pueblo (2023, pp. 26-126) en el Reporte de Conflictos Sociales N° 234, de agosto del 2023, de los 225 conflictos sociales existentes (de los que 141 son del tipo socioambiental), se ha identificado que, muchos de los que se encuentran activos y relacionados directamente con la exigencia de consultar son seguidos, en su mayoría contra empresas mineras, como es el caso de los reclamos exigidos por las Comunidades Campesinas de Huancuire y de Pumamarca, en Apurímac (2021), Comunidades Campesinas de veinticuatro distritos de Cusco (2019), nueve agrupaciones que exigen la realización de una consulta previa en la Provincia de Espinar, en Cusco (2005), y nueve comunidades nativas de Loreto (2020).

Lo antes señalado trae consigo una duda que, muchas veces, se toma por sentada: ¿Y cuál es el papel de las autoridades estatales frente a este panorama? Como se ha señalado previamente, el rol central en cuanto a implementación de la consulta previa se refiere, lo tiene por norma el Viceministerio de Interculturalidad del Mincul, encargado de, entre otras funciones, la actualización de la BDPIO; no obstante, a la fecha no se ha logrado cerrar la brecha de información respecto a las poblaciones indígenas que existirían en la realidad (plano material) de la que se ha recogido en la Base señalada (plano formal), pues, tal como señala Zambrano (2020) existe una diferencia entre la información que ha recogido el Mincul con la cifra obtenida en el censo del 2017, con lo cual existiría una brecha de aproximadamente tres mil comunidades por identificar como parte de un pueblo indígena, aunado a ello, se tiene que la BDPIO no resulta vinculante en el proceso de consulta previa, pese a la relevante información que contiene para su realización.

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar a la Defensoría del Pueblo, como otro de los actores con relevancia dentro del proceso de implementación de la consulta previa, o, en su defecto, cuando esta no es implementada correctamente. De hecho, dicha Institución ha mantenido una presencia activa como principal impulsor para la aprobación de una Ley que regule el derecho a la consulta previa reconocido en el C169 de la OIT⁴ (materializada en la actual LDGP), y posteriormente, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a aquellas actuaciones políticas y normas emitidas que afectan el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa. Como ejemplo de ello, se tiene la solicitud que realizó la Defensoría del Pueblo para modificar la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, que reglamentaba la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la LDGP, en tanto consideraba que ampliaba el supuesto de excepción contenido en dicha disposición, en perjuicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, ya que se disponía que, en el caso que la Entidad pública considerara, sin necesidad de justificarlo,

⁴ Véase el Informe de Adjuntía N° 011-2009-DP/AMASPP/PP, de diciembre de 2009, elaborado por la Defensoría del Pueblo.

que el pueblo indígena sería beneficiario ante la ejecución de infraestructura en materia de salud, educación u otros servicios públicos, no era necesario realizar la consulta previa⁵. Asimismo, la mencionada Entidad ha cuestionado (tanto antes como durante su actual vigencia⁶) la Ley N° 31494, que reconoce a los Comités de Autodefensa y Desarrollo Rural y los incorpora en el Sistema de Seguridad Ciudadana, en tanto la misma, pese a incidir potencialmente en la forma de organización interna de los pueblos indígenas, no ha sido materia de consulta a nivel nacional.

Con lo señalado previamente, no se puede negar que el Estado ha regulado el derecho a la consulta previa desde su aspecto negativo: se consulta aquello que constituye un perjuicio para el correcto ejercicio de los derechos colectivos de los indígenas, más no aquello que pueda impulsar su propio desarrollo o sostenimiento. En este contexto, y ante la deficiencia de la presencia estatal, resulta trascendental la intervención de aquellas organizaciones no gubernamentales (en adelante, **ONG's**) que luchan por la correcta efectivización de los derechos de los pueblos indígenas así como por su empoderamiento respecto a los derechos de los que son beneficiarios. Así pues, es el caso de instituciones como Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP), entre otros, que han mantenido un rol protagónico en cuanto a la participación en los procesos de consulta previa e interposición de demandas, por mencionar algunas de sus actividades⁷. Con relación a ello, Lucero Merino y Lanegra Quispe (2013, p. 140) han resaltado la importancia de acortar la

⁵ Información obtenida de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Oficio-N%C2%B0-417-2018-DP-AMASPPI-al-Ministerio-de-Cultura.pdf>.

⁶ Tal como se desprende del Oficio N° 415- 2022-DP/PAD, del 07 de julio de 2022. Información obtenida de: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/07/Oficio-n.%C2%B0-415-2022-DP_PAD.pdf.

⁷ Actualmente, la AIDSESEP busca incorporarse como litisconsorte en un proceso de Acción Popular planteado por la Federación de Comunidades de Alto Curacay y Arabela, a favor de un Pueblo Indígena en Situación de Aislamiento. Información obtenida de: <https://www.polemos.pe/es-posible-incorporarse-como-litisconsorte-en-un-proceso-constitucional-de-accion-popular/>.

asimetría en la que se encuentran los pueblos indígenas en los procesos de consulta previa a través del fortalecimiento de sus capacidades.

Sección 2: Estándares internacionales determinados por la Corte IDH con relación al derecho a la consulta previa

A fin de garantizar la vinculatoriedad y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, **la Convención**), como base sobre la que se erige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, **SIDH**), se ha previsto en el artículo 1.1 de dicha norma, la obligación de los Estados parte de respetar, a través de acciones de cumplimiento, ya sean positivas o negativas, y de garantizar (prevenir, investigar y, de ser el caso, sancionar, restablecer y reparar los daños que se hubieran suscitado) los derechos y libertades allí contenidas (Ferrer, 2012, pp. 141 - 155). Acciones que resultan necesarias ya que, en concordancia con el artículo 2 de la Convención, existe un deber de adecuación del derecho interno a los parámetros establecidos en el SIDH.

En este contexto normativo, resulta de vital importancia la jurisprudencia emitida por la Corte IDH en tanto orienta el rumbo que deben seguir los Estados para cumplir con los deberes que nacen de su adhesión a la Convención, al desarrollar el contenido de la misma. Así pues, tal como señala Landa Arroyo, los estándares internacionales que se desprenden de las sentencias emitidas por el tribunal interamericano pueden ser, por un lado, de carácter interpretativo para los jueces nacionales, y, por otro lado, de carácter normativo, a través del cual se otorga validez a las normas nacionales, incluso las de nivel constitucional, de corresponder (2021, pp. 10-12). Además, se debe tener en cuenta que el incumplimiento de los parámetros establecidos en el SIDH acarrea responsabilidad por parte de los Estados, que responden por las lesiones que puedan haber causado sus autoridades públicas o personas naturales (2021, Crispín y Silva, pp. 40-42).

En esa línea, a continuación se establecerá, en primer lugar, cómo se concibe el derecho a la consulta previa en el ámbito de la Corte IDH, para, en segundo lugar, detallar cuáles principales estándares desarrollados por la misma.

2.1. Implicancias del derecho a la consulta previa para la Corte IDH

Si bien el derecho a la consulta previa se encuentra contenido expresamente en el C169 de la OIT, no siendo así en la Convención, la Corte se ha encargado de establecer su vinculatoriedad en el SIDH así como de desarrollarlo a través de una vasta jurisprudencia emitida por este organismo. Es así que, en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), se hace una interpretación sistemática del artículo 1.1, referido a la obligación de respetar los derechos, el artículo 2, sobre la adecuación del derecho interno de los Estados y el artículo 29.b, que prohíbe la inobservancia de los acuerdos asumidos por los países en otras convenciones o tratados internacionales; ello, con el fin de afianzar el derecho a la consulta previa como uno pasible de ser exigido y garantizado en el marco del SIDH. Respecto al referido artículo 29.b, la Corte IDH (1982, p.12) ha señalado en la Opinión Consultiva OC-1/82 que, con el fin de optimizar sus funciones como parte del SIDH, la CIDH tiende a que estas se encuentren alineadas con el sistema universal, lo que, en la práctica se ha visto a través de sus informes y resoluciones.

Ahora bien, no cabe duda que para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es necesario que estos sean garantizados de manera interrelacionada, es decir, no basta con asegurar el cumplimiento de uno si se descuidan los demás, en tanto estos derechos, atendiendo a las características propias de los pueblos indígenas, ameritan que sean vistos de manera conjunta.

En efecto, la propia CIDH (2009, p. 19) ha establecido que, teniendo en cuenta los antecedentes históricos, sociales, culturales y económicos que han atravesado las comunidades indígenas, resulta trascendental que los Estados adopten medidas efectivas para garantizar sus derechos humanos, así como los sociales, económicos y culturales, observando sus particularidades (identidad, costumbres, tradiciones e instituciones); aunado a ello, dicho órgano ha precisado que la vulneración del derecho de propiedad de los pueblos indígenas los ubica inevitablemente en una situación de pobreza que conlleva, a su vez, a la transgresión de otros derechos humanos (CIDH, 2009, pp. 66-67). De igual forma, se ha resaltado la importancia de que los Estados implementen

mecanismos de consulta y de cooperación con los pueblos indígenas como condición necesaria para la efectivización de otros derechos como la libre determinación (CIDH, 2021, p. 41).

De acuerdo con lo señalado previamente, queda claro que el derecho a la consulta previa ha sido un tema tratado en el SIDH ampliamente, debido, en parte, a que se encuentra relacionado con la historia de los Estados americanos y su antepasado indígena; de ahí que exista un gran número de comunidades indígenas que han logrado acceder a la jurisdicción de la Corte IDH a fin de salvaguardar sus derechos colectivos, en la mayoría de los casos, con fallos favorables para estos. No obstante, el hecho de que las sentencias hayan sido emitidas en beneficio de estas comunidades, lamentablemente, no garantiza la satisfacción instantánea del derecho alegado, lo que ha podido ser percibido en las supervisiones de cumplimiento de sentencia realizadas por la Corte IDH.

En efecto, en el famoso caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, se ha señalado que, habiendo transcurrido más de diez años desde su emisión en el año 2007, no se han logrado subsanar las medidas de reparación relacionadas con el territorio del pueblo Saramaka, así como con su reconocimiento legal, la adopción disposiciones legales que permitan la satisfacción de su derecho de propiedad, y aquellas necesarias para efectivizar su derecho a ser consultados, siendo que, respecto a estos últimos puntos, el Estado de Surinam justificó su falta de cumplimiento por la dificultad de adecuar su derecho interno, así como por problemas de coordinación con el pueblo de Saramaka, ante lo cual la Corte precisó que, más allá de un tema de soberanía entre el derecho internacional sobre el nacional, se trataba de “hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron” (Corte IDH, 2018, pp. 12-18).

2.2. Principales estándares establecidos

En línea con lo señalado precedentemente, los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH en los casos llevados a su jurisdicción, así como las interpretaciones que han realizado esta y la CIDH respecto a las disposiciones de la Convención, forman parte del ordenamiento de los Estados Parte, por lo que existe una obligación convencional por adecuar el derecho interno a los criterios

establecidos por estos organismos. En ese sentido, a continuación se detallan algunos de los estándares más importantes establecidos en el SIDH con relación al derecho a la consulta previa.

2.2.1. Consulta previa como principio general del derecho internacional

Tanto en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), como en el caso Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015), la Corte IDH ha establecido como un principio general del derecho internacional a la obligación de consultar a los pueblos indígenas por aquellas medidas que puedan tener una afectación directa con el ejercicio de sus derechos colectivos, basado, principalmente, en la relación especial que mantienen estos grupos con su territorio como principal instrumento para el ejercicio de sus derechos de propiedad y de identidad cultural. Al respecto, cabe recalcar que en el caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), la Corte en mención precisó que el *corpus iuris* del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, cuyo principal instrumento garantista resulta ser la consulta previa, se encuentra conformado por la Convención, el C169 de la OIT, la DNUDPI, así como aquellos derechos reconocidos por los propios Estados y otros organismos internacionales.

2.2.2. Derecho a la propiedad y su estrecha relación con el derecho a la consulta previa

A lo largo de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas, ha sido una constante la relación que ha dado por sentada entre el derecho a la propiedad contenida en el artículo 21 de la Convención con la aplicación del C169 de la OIT, en el marco del artículo 29.b de la norma interamericana.

Al respecto, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), se ha precisado que, a la luz de ambos artículos en mención, el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, que involucra, a su vez, otros derechos, como es el caso del derecho a la consulta previa, se encuentra protegido; tan es así, que se reconoce la posesión tradicional de las tierras comunales cuya propiedad no se encuentra registrada, ya que, como se

señala en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), el derecho a la propiedad reconocido en el mencionado artículo 21 se aplica sobre todo tipo de bienes, sean materiales e inmateriales, por lo que se ha interpretado que dicho concepto abarcaría la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con sus tierras y recursos naturales, que definen su identidad cultural. De ahí que sobrevenga el mandato convencional - y legal en el caso peruano - a los Estados, de consultar de manera previa a cualquier intervención sobre las tierras de estas comunidades, y que, en la interpretación de la sentencia Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020), se haya decretado que toda regulación que adopten los Estados respecto al derecho de propiedad indígena debe comprender, a su vez, el derecho a la consulta previa, libre e informada.

2.2.3. Etapa de aplicación del derecho a la consulta previa

En el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), la Corte IDH ha hecho hincapié en la necesidad de consultar en la etapa inicial de la medida administrativa o legislativa y no cuando se haga efectiva la intervención o sea estrictamente necesario, lo que, si bien es cierto deja un espacio discrecional respecto a lo que se entendería por dicha etapa, acorta la brecha respecto a lo que implica el carácter previo de la consulta, pues, tal como se señala en la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la consulta debe ser realizada al inicio de la elaboración o planificación de la medida, en mérito de que se pueda garantizar que el pueblo indígena consultado pueda participar e influir verdaderamente en el proceso de toma de decisiones.

2.2.4. Deberes de los Estados con relación al derecho a la consulta previa

No cabe duda de que el reconocimiento de un derecho a favor de un sujeto determinado implica, en la mayoría de los casos, la exigencia de un deber hacia un tercero. En materia de pueblos indígenas, se desprende de los distintos pronunciamientos emitidos en el SIDH, que los Estados, a fin de salvaguardar el derecho a la consulta previa, deben realizar una serie de acciones positivas que garanticen que efectivamente dicho derecho pueda materializarse. Es el caso de, por ejemplo, el deber de identificar con certeza el territorio de propiedad

indígena, así como el reconocimiento de su propiedad, y que en tanto no se realicen dichas acciones, se prohíba la afectación de dicho bien, premisa que se colige de los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001) y Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020).

Así también, la Corte IDH ha resaltado la necesidad de que los Estados reconozcan la personalidad jurídica de las comunidades indígenas con el fin de que las mismas puedan acceder sin obstáculos a los derechos que les atañe. En efecto, a través de las sentencias Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015) y Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020), dicho Tribunal internacional ha dejado claro que el reconocimiento de la personalidad jurídica es una acción trascendental para facilitar el involucramiento de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre aquello que los afecta, razón por la cual los Estados deben prever la adopción de medidas que garanticen dicho reconocimiento.

2.2.5. Garantías del Estado ante la afectación a las tierras comunales y/o recursos naturales

En el marco de la cosmovisión indígena, a través de la cual se interrelaciona el uso de las tierras comunales y recursos naturales, con la propia existencia de identidad cultural de las comunidades indígenas, y por ende, con su propia supervivencia, se ha previsto en las sentencias de los casos Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020) y Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), que toda afectación a esta relación especial que involucra a los pueblos indígenas con sus territorios, incluso aunque esta no fuera material - como es el caso de las concesiones mineras - debe cumplir con tres garantías fundamentales: (i) asegurar la participación de los grupos indígenas afectados, bajo un enfoque intercultural, y procurando que las partes arriben a un acuerdo, (ii) que estos se vean beneficiados de todo plan que se lleve a cabo en su territorio, y, (iii) la realización de un estudio previo de impacto socio - ambiental por personal capacitado para realizarlo.

2.2.6. Elementos esenciales del derecho a la consulta previa

De acuerdo al desarrollo realizado en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), el derecho a la consulta previa se encuentra conformado por los siguientes elementos esenciales que deberán ser observados por los Estados parte: (i) debe tener carácter previo, es decir, no se debe realizar cuando sea estrictamente necesario obtener la validación del pueblo indígena, (ii) debe ser realizada por el Estado de buena fe y con ánimos de llegar a un acuerdo, (iii) debe ser culturalmente adecuada y accesible para la población indígena, (iv) de manera previa a cualquier tipo de concesión sobre el territorio indígena se debe garantizar la evaluación del impacto ambiental y social, y, (v) la entrega de información completa y comprensible sobre el proyecto o plan a ejecutar.

2.2.7. Restricciones admisibles a la propiedad comunal indígena

Si bien la línea jurisprudencial seguida por la Corte IDH tiende a salvaguardar el derecho del que gozan los pueblos indígenas sobre sus territorios, y lo que esta relación involucra, existen supuestos de adquisición legítima de estas tierras por parte de terceros inocentes, tal como se ha previsto en los casos Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006) y Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020); no obstante, se trata de un listado taxativo de pautas que admitirían dicha restricción, a saber: (i) debe provenir de una habilitación legal, (ii) debe tener como base la satisfacción de un interés colectivo, (iii) necesidad de satisfacer un interés público, y, (iv) debe ser proporcional, buscando afectar en la menor medida posible al derecho a la propiedad indígena, ello, sin perjuicio de recibir una indemnización por el daño causado y/o la entrega de tierras con similares características a las que ocupaban antes, conforme se desprende de los casos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005) y Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

2.2.8. Obligación de obtener consentimiento

Constantemente, la Corte IDH ha reiterado que el proceso de consulta previa debe realizarse de buena fe y propendiendo a la obtención de un acuerdo entre

las partes, como resultado de un procedimiento realizado bajo condiciones culturalmente adecuadas; no obstante, dicho órgano internacional ha previsto que, en los casos en que el objeto de la consulta sea la implementación de proyectos a gran escala sobre territorio indígena, que implique un impacto considerable dentro de sus tierras, será necesario que los Estados obtengan el consentimiento de la comunidad indígena para la realización de ese tipo de proyectos, en la medida de que estos ponen en mayor riesgo la supervivencia física y cultural de este grupo poblacional (migración, abuso, reorganización social, entre otros supuestos), tal como se ha señalado en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

2.2.9. Pueblos indígenas y su relación con el medio ambiente

Al respecto, resulta relevante el pronunciamiento emitido por la Corte IDH en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015), donde resalta la estrecha vinculación entre el derecho humano a la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente y los territorios comunales de los pueblos indígenas, por lo que su protección, y la de sus miembros, reviste de un interés general que los Estados deben prever en toda intervención que involucre a dichas comunidades o sus tierras; más aún, cuando muchas de sus prácticas tradicionales tienen una repercusión positiva en el cuidado de los recursos naturales, de ahí que en dicha sentencia se haya precisado que “el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes” (Corte IDH, 2015). Lo señalado guarda relación con la conexión intrínseca que tienen los pueblos indígenas con sus territorios y los recursos naturales, determinada por la cosmovisión que tienen sobre el mundo que los rodea, y que da origen a sus costumbres y creencias, de manera interrelacionada, tal como se ha sostenido en el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014).

2.2.10. Trato desigual permitido

Tal como se ha señalado en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007) no toda discriminación ejercida sobre los pueblos indígenas está prohibida, de

hecho, el trato desigual es muchas veces necesario en tanto sea utilizado como medio para equiparar la situación de desventaja en la que se encuentra este grupo social. Así pues, conforme a lo señalado por dicho Tribunal en la referida sentencia, se ha establecido como principio en el derecho internacional que este tipo de discriminación será considerada como permitida cuando suponga el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad, con la finalidad de salvaguardar su existencia física y cultural. En esa misma línea, en el caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la Corte IDH, recordando lo señalado en el artículo 9 de la Carta Democrática Americana resaltó que la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas fortalece la democracia y la participación, por lo que se desprende de dicha premisa que, el correcto ejercicio de los derechos de este grupo social, es de interés público.

Sección 3: Derecho a la consulta previa en el Perú a la luz de las obligaciones internacionales derivadas de la interpretación del C169 de la OIT establecida por la Corte IDH

Habiendo desarrollado, por un lado, el estado situacional en el que se encuentra el derecho a la consulta previa en el Perú, y, por otro lado, los estándares internacionales que se han establecido respecto a dicho derecho en el SIDH, resulta importante comprender de qué forma se introducen las normas y criterios dispuestos por la Corte IDH, en el ordenamiento peruano. Así pues, en el derecho nacional se cuenta con las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 3, 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, por los cuales los tratados internacionales ratificados por el Perú, como es el caso de la Convención, así como los derechos análogos a los ya reconocidos en el texto constitucional, forman parte del derecho nacional, y constituyen el fundamento para toda actuación estatal destinada a dar cumplimiento a dichos instrumentos, como parte de sus obligaciones internacionales de garantizarlos y respetarlos.

En el mismo sentido, en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional se ha establecido que los derechos reconocidos por la Constitución peruana deben ser interpretados con los tratados de derechos humanos y pronunciamientos

emitidos por tribunales internacionales a los que Perú se encuentra adscrito. Al respecto, y con el fin de cumplir con sus obligaciones como parte de la comunidad internacional, se ha promulgado la Ley N° 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales⁸, a través de la cual se ha declarado de interés nacional el cumplimiento de las sentencias emitidas por tribunales internacionales a los que el Perú se encuentra adscrito, estableciendo una serie de lineamientos para la ejecución de las mismas, bajo ese marco, no se puede dejar de resaltar la creación del Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales⁹, abocado, justamente, a la revisión de dichos temas.

No obstante el esfuerzo del Estado peruano por establecer una base normativa que facilite el cumplimiento de las disposiciones internacionales vinculantes, lo cierto es que aún falta mucho camino por recorrer para que se de una verdadera adecuación del derecho interno frente a los parámetros establecidos en el plano internacional, más aún cuando están involucrados poblaciones de especial vulnerabilidad, como es el caso de los pueblos indígenas. En ese sentido, a continuación se desarrollará cómo se da la relación entre el derecho nacional y el derecho convencional, para, posteriormente, analizar el cumplimiento de los parámetros desarrollados en la sección anterior.

3.1. Relación entre el derecho nacional y el derecho convencional

Atendiendo a la sujeción de Perú a la jurisdicción de la Corte IDH a partir de la ratificación de la Convención, existe la obligación jurídica de aplicar el control de convencionalidad como un instrumento a través del cual los Estados parte, en todos sus niveles de gobierno, deben observar los lineamientos y criterios establecidos en las sentencias emitidas por la Corte IDH así como los pronunciamientos realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **CIDH**) - ambos órganos conformantes del SIDH -, de

⁸ Publicada el 07 de julio del 2002.

⁹ Creado a través de la Resolución Administrativa N° 089-2010-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

manera tal que se garantice efectivamente el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en el plano internacional (Bazan, 2020, pp. 17-22).

En efecto, existe una larga lista de sentencias emitidas por el tribunal transnacional a través de la cual se establece como una obligación de los Estados parte el realizar un examen de convencionalidad, no sólo en los tribunales de justicia, sino en todos los ámbitos del aparato estatal, inclusive en sede administrativa, respecto a los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH, contenidos tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas, así como por la CIDH en sus informes (Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Cabrera García y Montiel Flores vs. México y Gelman vs. Uruguay, principalmente).

Así pues, el uso de esta herramienta jurídica no proscribe que los tribunales nacionales gocen de cierto margen de apreciación de las normas convencionales, sin embargo, este análisis se encuentra supeditado a los criterios establecidos por los órganos supranacionales, que, si bien no tienen por objetivo imponer ciertas disposiciones, sino más bien generar un diálogo jurisdiccional que sea capaz de tutelar efectivamente los derechos humanos de las personas, sí es importante no perder de vista que no es admisible alegar el principio de soberanía estatal con el fin de omitir el cumplimiento de las obligaciones internacionales, pues, es justamente en el marco de dicha soberanía, que los Estados acceden adscribirse a determinado tratado o jurisdicción internacional (Bazan, 2020, pp. 10-14).

Bajo esta línea argumentativa, no se puede dejar de mencionar el principio de subsidiariedad, que nace en un contexto donde intervienen distintos niveles de poderes, es así que, en una relación jerarquizada donde los organismos internacionales, en este caso el SIDH, se encuentran en una posición superior a los Estados, este principio puede operar de dos formas: a través de la subsidiariedad procesal, que se concretiza principalmente con el planteamiento de las excepciones preliminares en tanto la actuación del órgano internacional es meramente coadyuvante al derecho doméstico, y, mediante la subsidiariedad sustantiva, referida a la efectivización del derecho en el plano nacional, ya que la adecuación de las normas convencionales al derecho nacional responden al

contexto en el que este se desarrolla (Rodríguez, 2022, pp. 163-188); en ese sentido, se puede apreciar que no existe una contraposición entre la obligación de realizar el examen de convencionalidad y el principio de subsidiariedad antes señalado, en tanto ambos prevén que la interferencia por parte de los organismos internacionales hacia los Estados se da en condiciones estrictamente necesarias que tienen por finalidad la tutela de los derechos fundamentales de las personas.

3.2. Cumplimiento de los parámetro internacionales sobre el derecho a la consulta previa en el Perú

Tal como se desprende del desarrollo del estado situacional en el que se encuentra el Perú, respecto a la implementación del derecho a la consulta previa, a la luz de los estándares listados en la sección anterior, se puede apreciar que, lamentablemente, aún falta mucho para cumplir con los parámetros establecidos a nivel interamericano. En efecto, basta con observar las últimas decisiones adoptadas a nivel jurisprudencial y político para darse cuenta de que los derechos de los pueblos indígenas, de manera general, y el ejercicio del derecho sobre sus tierras, vinculado con el proceso previo de consulta, en particular, no forman parte de la agenda nacional, sino que, lo que es aún peor, se están viendo trastocados negativamente a fin de salvaguardar intereses ajenos a estas comunidades. Ejemplo de ello, son los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en los que decide desconocer el rango constitucional del C169 de la OIT así como su vinculatoriedad para el país¹⁰, para luego, pese a reconocer la exigencia del derecho, fallar en perjuicio del mismo aludiendo una supuesta falta de reglamentación y de desarrollo legislativo¹¹; o, la propuesta normativa que pretendía modificar la Ley que protege a los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, negando su existencia¹².

¹⁰ Sentencia recaída sobre el expediente N° 03066-2019-PA/TC, de fecha 20 de enero de 2022.

¹¹ Sentencia recaída sobre el expediente N° 03326-2017-PA/TC, de fecha 06 de junio de 2023.

¹² Actualmente, dicha propuesta se encuentra archivada, debido, en buena cuenta, a la presión social para que no fuera aprobada. De acuerdo a la revisión realizada en el siguiente link: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/3518>.

Así pues, no es de extrañar que uno de los principales estándares incumplidos sea el referido a los deberes de los Estados con relación a este derecho. Es el caso de la obligación de reconocer la personalidad jurídica de las comunidades indígenas a fin de que puedan ejercer efectivamente sus derechos, que, tal como señala Zambrano la brecha que existe entre la cantidad de comunidades campesinas y de pueblos indígenas identificados, es abismal (aproximadamente, tres mil comunidades por identificar), lo que repercute finalmente en el propio proceso de consulta, ya que no solo se debe identificar el tipo de afectación a este grupo social, sino también si la comunidad que se encuentra en el perímetro califica como indígena, tiempo que se podría reducir de encontrarse dicha información consolidada en la BDPIO (2020).

Otro de los estándares internacionales que estaría siendo ignorado por el Estado peruano se encuentra relacionado a uno de los elementos esenciales del derecho a la consulta previa, en tanto se ha establecido que este proceso debe ser culturalmente adecuado y accesible para la población indígena; no obstante, una de las barreras que estarían impidiendo el cumplimiento de este criterio es la ínfima cantidad de intérpretes registrados en el Perú, actualmente¹³. Al respecto, también resulta interesante lo señalado por los autores Andrade, De Pedro y Howard R, al profundizar en la necesidad de que el intérprete o traductor contratado por el Estado se gane la confianza de la comunidad consultada, en aras de que el diálogo pueda darse de la manera más transparente y abierta posible, dado que en muchos de los casos los interlocutores propuestos por el Estado son cuestionados por los miembros de la comunidad (2022, pp. 130-134). En ese sentido, la tarea de los intérpretes resulta relevante, pues inciden directamente en uno de los objetivos de la consulta: la comunicación, ya que son el nexo, y por tanto, quienes hacen posible el propio desarrollo del procedimiento, de ahí que sea tan importante superar el número actual de intérpretes/traductores que existen en el Perú, así como evaluar las estrategias

¹³ De acuerdo con la información proporcionada por el Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas, actualmente se cuenta con 565 traductores y/o intérpretes de lenguas indígenas, cifra que disminuye al buscar profesionales que puedan manejar ambos servicios. Lo mencionado se puede verificar en el siguiente link: <https://traductoresdelenguas.cultura.pe/>.

que permitan superar el alto grado de desconfianza que mantienen los traductores durante el proceso de consulta.

Finalmente, y en adición a lo señalado, otros de los estándares que están siendo dejados de lado por el Estado peruano, y que pueden ser evaluados de manera concordada, son los referidos al trato diferenciado y a la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con el medio ambiente. De hecho, el cambio climático es un fenómeno que empeora con los años, basta con ver los esfuerzos desde el gobierno central por mitigar los efectos del próximo Fenómeno de El Niño a registrarse en el Perú; siendo que, frente a esta situación, los saberes históricos y culturales de los que son depositarias estas comunidades ancestrales cobran mayor relevancia, pues, como lo ha reconocido la OIT, existe una corriente científica que apuesta por utilizar los conocimientos culturales de las poblaciones indígenas para abordar los problemas medioambientales y de biodiversidad (2019, pp. 64-65). Bajo esta premisa, las acciones estatales destinadas a la prevención y mitigación de futuros daños ambientales debería considerar como eje estratégico la subsistencia de los pueblos indígenas, así como la incorporación de sus saberes en beneficio de la comunidad.

CONCLUSIONES

- ***Conclusiones de la sección 1***
 - a. A pesar de que el derecho a la consulta previa dispuesto en el C169 de la OIT es exigible en el ordenamiento jurídico peruano desde su ratificación en 1995, no fue hasta que los conflictos sociales con las comunidades indígenas se volvió insostenible, que los poderes del Estado desde sus respectivas competencias, desarrollaron y dotaron de contenido el derecho en mención.
 - b. Existe una línea jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional que reconoce el carácter constitucional del derecho que tienen los pueblos indígenas de ser consultados de manera previa, libre e informada, con una serie de garantías que deben ser consideradas por los órganos estatales.
 - c. No obstante existe una Ley que reconoce y contiene las disposiciones reguladas en el C169 de la OIT, así como un desarrollo normativo

bastante amplio, se han determinado ciertos supuestos en los que no sería aplicable o no se podría aplicar el derecho a la consulta previa, asimismo, no se cuenta con un Plan Nacional que garantice la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas de manera articulada.

- **Conclusiones de la sección 2**

- a. En el marco del artículo 1.1 de la Convención, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades que se encuentran en dicha norma, así como, deben seguir los estándares internacionales que se desprenden de los pronunciamientos de los órganos interamericanos, bajo responsabilidad internacional.
- b. No obstante el derecho a la consulta previa no haya sido reconocido expresamente en la Convención, a través de los artículo 1.1, 2, y 29.b, la Corte IDH ha hecho hincapié en que dicho derecho debe ser garantizado por los Estados parte, teniendo en cuenta que los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben ser tutelados de manera interrelacionada.
- c. Entre los principales estándares internacionales establecidos por la Corte IDH a través de su jurisprudencia, se tienen los siguientes: (i) la consulta previa como principio general del derecho internacional, (ii) el derecho a la propiedad y su estrecha relación con el derecho a la consulta previa, (iii) etapa de aplicación del derecho a la consulta previa, (iv) deberes de los Estados con relación al derecho a la consulta previa, (v) garantías del Estado ante la afectación a las tierras comunales y/o recursos naturales, (vi) elementos esenciales del derecho a la consulta previa, (vii) restricciones admisibles a la propiedad comunal indígena, (viii) obligación de obtener consentimiento, (ix) pueblos indígenas y su relación con el medio ambiente, y, (x) trato desigual permitido.

- **Conclusiones de la sección 3**

- a. El Estado peruano se encuentra en la obligación de adoptar las medidas necesarias para implementar los criterios internacionales establecidos en el marco del SIDH, en atención a las normas constitucionales vigentes (artículos 3, 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y art. VIII del Código Procesal Constitucional).

- b. A través de la obligación de realizar el examen de convencionalidad, así como de la observancia del principio de subsidiariedad en el ámbito internacional, se prevé que la interferencia por parte de los organismos transnacionales hacia los Estados se da en condiciones estrictamente necesarias, y que tiene por finalidad la tutela de los derechos fundamentales de las personas, por lo que no hay contraposición en ambas figuras.
- c. Son muchas las acciones que, desde el Estado, dan cuenta del incumplimiento de los estándares establecidos en el sistema interamericano con relación al derecho a la consulta previa, principalmente, las relacionados al reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, la realización de un procedimiento de consulta culturalmente adecuado y accesible, y, los relacionados al trato diferenciado en razón a la relación especial que mantienen los pueblos indígenas con el medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade, L., De Pedro, R. y Howard R. (2022). Caminando por la cuerda floja: el papel de los intérpretes indígenas peruanos en los procesos de consulta previa. *Traducir derechos, traducir culturas*, pp. 120-140.

Arias, B. (2012). Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 201-214. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29675.pdf>.

Bazan, V. (2020). *Vulneraciones a los derechos humanos*. Editorial Astrea.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82; 24 de septiembre de 1982. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay; 29 de marzo de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Saramaka vs. Surinam; 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; 27 de julio de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá; 14 de octubre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras; 08 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras; 08 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam; 25 de noviembre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina; 06 de febrero de 2020.

Defensoría del Pueblo (2023). *Reporte de conflictos sociales N° 234*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/09/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-234-Agosto-2023.pdf>.

Diez, A. (2016). La consulta oficiosa y la consulta oficial. Los casos de la reserva Maijunay del reglamento de la ley de consulta en el Perú. En *la consulta indígena*, pp. 37 - 74. SANTIAGO. RIL Editores. https://icso.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2014/01/ICSO_DT2_2014_Diez.pdf

Landa, C. (2021). Los Estándares en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1999-2019. En *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 9 - 28. Gaceta Jurídica.

Lanegra, I. y Merino, B. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas: El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. CENTRUM Business School, Pontificia Universidad Católica del Perú.

OIT (2019). *Aplicación del convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT. Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf.

OIT (s/f). Folleto N° 8: La OIT y los pueblos indígenas y tribales. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuideIPleaflet8sp.pdf>.

Rodríguez, B. (2022). *El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra Editores.

Sanborn, C. y Paredes, A. (2015). *Getting it Right? Challenges to Prior Consultation in Peru*. <https://www.csr.uq.edu.au/media/docs/1141/occasional-p-series-sanborn-paredes-peru.pdf>.

Stavenhagen, R. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, pp. 21-28. <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 01126-2011-HC/TC; 11 de septiembre de 2012.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 00025-2009-PI/TC; 17 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 05427-2009-PC/TC; 30 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 0022-2009-PI/TC; 09 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 6316-2008-PA/TC; 11 de noviembre de 2009.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 03343-2007-PA/TC; 19 de febrero de 2009.

Zambrano, G. (2020). *La Consulta Previa en el Perú: Breve Balance*. IUS 360. <https://ius360.com/la-consulta-previa-en-el-peru-breve-balance-gustavo-zambrano/>.