

La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios como política pública en el Perú

Prior Consultation of Indigenous or Native Peoples as a Public Policy in Peru

Nadia Palomino Fernández

Universidad Continental, Huancayo, Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-8347-2713>

«La obligación de la consulta es un principio general del derecho internacional».

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

La presente investigación analiza cómo nuestro país viene reconociendo y ejecutando el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas u originarias con especial énfasis en las comunidades amazónicas de Ucayali. Durante mucho tiempo estas comunidades han sido víctimas de distintos tipos de desastres, sobre todo de carácter natural, ecológico y social. Entre las diferentes afectaciones que han denunciado estas comunidades amazónicas, se encuentran el endeble proceso de «diálogo social» entre las autoridades políticas, los representantes de las empresas que buscan las concesiones de obras extractivas, y los comuneros y comuneras de este grupo de comunidades indígenas u originarias. Así, se busca evidenciar el incumplimiento del Estado peruano con estos grupos.

Palabras clave: comunidades indígenas, consulta previa

ABSTRACT

In the present investigation, the author seeks to carry out an analysis of how our country has been recognizing and executing the right to prior consultation in indigenous or native communities with special emphasis on the Amazonian communities of Ucayali. For a long time these communities have been victims of different types of disasters, especially of a natural, ecological and social nature. Among the different affectations that these Amazonian communities have denounced, are the weak process of social dialogue between the political authorities, the representatives of the companies that seek concessions for extractive works, and the community members of this group of indigenous communities or originating. The article seeks to demonstrate the non-compliance of the Peruvian State with these groups.

Keywords: indigenous communities, prior consultation

Fecha de recepción:
30/4/2023

Fecha de aprobación:
15/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación analiza cómo nuestro país viene reconociendo y ejecutando el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas u originarias con especial énfasis en las comunidades amazónicas de Ucayali.

En estas comunidades se ha identificado la afectación de este a través de derrames petroleros y extracción minera, según los hallazgos denunciados por la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap), lo que permite observar la implementación normativa y su cumplimiento a través del análisis hermenéutico-jurídico de los resultados del reporte elaborado y presentado ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por la Onamiap.

2. LA CONSULTA PREVIA EN LAS COMUNIDADES AMAZÓNICAS DE UCAYALI

La Onamiap ha establecido la necesidad de caracterizar el problema que se quiere atender en la política pública, identificándose como realidad problemática el incumplimiento del ejercicio del derecho a la consulta y el consentimiento previo de manera efectiva en ocho comunidades nativas: Betijay, Sempaya, Shahua, Tahuarapa, Túpac Amaru, Puerto Firmeza, Santa Lucía y Santa Teresita.

Entre las diferentes afectaciones que han denunciado estas comunidades amazónicas, se encuentran el endeble proceso de «diálogo social»

entre las autoridades políticas, los representantes de las empresas que buscan las concesiones de obras extractivas y los comuneros y comuneras de este grupo de comunidades indígenas u originarias, comunidades en situación de vulnerabilidad, siendo víctimas del incumplimiento del Estado peruano de su obligación de garantizar el derecho a la consulta previa sobre la autonomía de los territorios indígenas.

Estas graves transgresiones del proceso de consulta previa han permitido el ingreso de grandes corporaciones empresariales con fines extractivos de recursos naturales sin un debido cumplimiento a la adecuación normativa nacional de los estándares de derechos humanos desarrollados sobre la materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Sobre la denuncia efectuada por la Onamiap, que motivó esta investigación, presentamos en la Tabla 1 los datos informativos más relevantes.

Los datos de la Tabla 1 sintetizan los hallazgos contenidos en el informe de la Onamiap ante Naciones Unidas, identificando los derechos fundamentales que se han transgredido a través de la percepción de los integrantes de las comunidades amazónicas bajo análisis. Muestran el poco o nulo cumplimiento de los entes gubernamentales, del respeto y garantía de derechos como el de la consulta previa, derecho que constituye una garantía frente a las concesiones en el territorio de los pueblos indígenas, como medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.

Tabla 1. Datos informativos relevantes: derechos vulnerados en zonas afectadas en el Perú

Contexto	Afectación	Derechos vulnerados	Zonas afectadas	Estándares de derechos humanos
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU (Onamiap, 2022)	«La municipalidad a veces hace trochas o caminos sin consultarles».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Túpac Amaru	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Ruido muy fuerte del helicóptero	Derecho a la educación	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
	Derrames de petróleo en comunidades cercanas»	Derecho a la salud	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Estudios de impacto ambiental.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Nunca se consultó si se debía construir o no la carretera.	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Betijay	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	Necesidades sin atender»	Derecho al acceso a la información pública	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
	«No hay acuerdos equitativos.	Derecho a la transparencia en la labor gubernamental	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	Piensan que las empresas están coludidas con el Estado para ingresar a los territorios y hacer sus actividades».	Derecho al acceso a la información pública	Comunidad nativa Sempaya	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Dejan que los tronqueros circulen cerca a los caminos comunales, lo cual genera polvo y ruido. Agua de río contaminada, no hay regulación a las embarcaciones pesqueras».	Derecho a la salud	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho al trabajo	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a un medio ambiente sano y equilibrado	Comunidad nativa Shahuaya	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la consulta previa	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Estudios de Impacto ambiental
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Comunidad nativa Puerto Firmeza	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la consulta previa	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Distrito de Yarinacocha, provincia de Coronel Porcillo, departamento de Ucayali	Estudios de Impacto ambiental

... continúa

Contexto	Afectación	Derechos vulnerados	Zonas afectadas	Estándares de derechos humanos
	«Solo realizó proceso de consulta con el lote 200, pero al ser cuestionado por la comunidad no se implementó».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Santa Lucía Pueblo indígena: Shipibo-Konibo Distrito Callería, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU.	«El proceso de consulta por el que pasaron fue por el lote 200, pero este se realizó con falencias, sin brindar información adecuada. Hay proyectos en la comunidad de los que se enteran cuando ya se están ejecutando».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Santa Teresita Pueblo indígena: Shipibo-Konibo Distrito de Yarínacocha, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Si los proyectos los involucran de manera indirecta no les consideran en los procesos de consulta (son proyectos relacionados con el uso de las tierras para agricultura). El alcalde no visita la comunidad desde que estuvo en campaña electoral».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Tahuarapa Pueblo indígena: Ashéninka Distrito de Raymondi, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.

Fuente: Elaboración propia en base al Informe Onamiap y complementado con la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura (BDPI).

3. PROBLEMA: INDICADORES DE RESULTADO

La afectación detectada en las ocho comunidades nativas investigadas en el informe de la Onamiap ante Naciones Unidas denuncia la «negación del derecho a la consulta previa». Esta información fue recabada a través de cuestionarios comunitarios realizados por el Navegador Indígena, en el establecimiento de lotes petroleros otorgados por el Estado sin garantizar el cabal ejercicio de los derechos a la consulta y consentimiento previo, libre e informado en sus territorios como en los lotes 1893, 200 y 202. (Onamiap, 2022).

Un inadecuado uso de la consulta previa como un puente de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas lleva al incumplimiento de las obligaciones estatales en relación con el reconocimiento del ejercicio de la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

Este derecho está regulado en la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, la Ley), que regula el derecho a la consulta y al «consentimiento previo», libre e informado a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que afecten sus derechos colectivos, situación que hasta el momento viene afectando a 294.634² habi-

tantes de las comunidades nativas descritas en el cuadro 1, un aproximado de 0,9 %³ de la población nacional.

Del grupo vulnerable afectado por el incumplimiento de un adecuado proceso de consulta previa, en los alcances del artículo 8 de la Ley, es necesario establecer las etapas del proceso de consulta para identificar cuáles deberían ser las estrategias para fortalecer las que presentan fallencias en su realización Figura 1.

Entre las etapas señaladas en el cuadro 2, encontramos que el paso de la identificación de la medida en conjunto con la identificación de las poblaciones indígenas u originarias está a cargo de la entidad estatal promotora que deberá sostener reuniones preparatorias con los representantes de los pueblos a consultar, determinando el plazo, lugar y forma de la consulta.

Asimismo, en la etapa 3, se establece la obligación de la entidad estatal promotora de entregar el plan de consulta (que debe hacerse con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas), y la medida a consultar, a los representantes de los pueblos indígenas. Se precisa en la Ley, artículo 16, que estos documentos deben ser elaborados en el idioma, dialecto o lenguaje de la comunidad nativa a consultar para su cabal entendimiento.

Figura 1. Etapas del proceso de consulta previa



Fuente: Elaboración propia¹.

1 Ley 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Título III, artículo 8. Etapas del proceso de consulta previa.

La etapa 4 es neurálgica. Refiere la obligación del Estado (a través del ente gubernamental promotor de la actividad que debe ser consultada) sobre las consecuencias y afectaciones en sus derechos colectivos, informando el contenido de la medida que se propone ser puesta en consulta, y según los casos del cuadro 1. Podemos colegir que es la falla evidente en el proceso, la falta de información, el plan de consulta con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

En la etapa 5, el proceso de evaluación interna compete solo a los representantes de las poblaciones indígenas y su propia comunidad. Etapa 6, de diálogo a través de los representantes acreditados de ambas partes en busca de consensos. La etapa final se encuentra «reservada» para el Estado, según el artículo 15 de la Ley:

«La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano». (Congreso de la República, 2011)

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios como el derecho a la autodeterminación como pueblos, a controlar su propio desarrollo, a ser consultados sobre el uso de sus territorios ancestrales. Los acuerdos del

resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

En este contexto, el artículo 15 dispone no solo una debida motivación y la ponderada evaluación de los puntos de vista recogidos durante el proceso de consulta, sino que adicionalmente recuerda las obligaciones estatales por parte del Estado peruano, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, parte del bloque de constitucionalidad, permitiendo que a pesar de no lograr un acuerdo, se continúe con la iniciativa promovida garantizando derechos como el de la vida, la integridad y el pleno desarrollo de los pueblos indígenas u originarios, pero abre la puerta al reclamo posterior en vía administrativa o judicial.

Los pueblos indígenas u originarios constituyen un colectivo concreto con reconocimiento internacional de protección de derechos humanos a través del trabajo jurisprudencial desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a través de instrumentos específicos como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convenio 169.

En nuestro país, el punto de partida de esta política pública surge con los conflictos sociales producidos en Bagua en 2008 y 2009 (Zambrano, Berganza, Cuentas y Hurtado, 2017), lo que condujo a tomar acciones al Poder Ejecutivo para enfrentar esta problemática sin resolver por muchos años.

Tras un largo proceso de discusión pública y parlamentaria sobre la materia, en setiembre de 2011 se promulgó la Ley 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la que entró en vigencia en diciembre del mismo año. Pocos meses después, en abril de 2012, fue promulgado su reglamento. [...] Su ámbito de aplicación ha incluido tanto a comunidades nativas como campesinas, participando también organizaciones indígenas de alcance regional y nacional. A la fecha ya existen procesos de consulta previa en minería, tanto en fases de exploración como en las de explotación. (Lanegra, 2018)

Para 2018, en el Gobierno de Ollanta Humala Tasso, se observaron importantes logros en la aplicación de esta política pública, los que serán identificados en los indicadores de proceso a lo largo de este artículo

Asimismo, en 2021, se presentó la propuesta de Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030, elaborada por el Ministerio de Cultura, siendo que este proyecto «no constituye una política pública», pero evidencia la decisión política desde el Ejecutivo de continuar con el proceso de reconocimiento y aplicación de este derecho, extendiendo su ejercicio del campo formal normativo al administrativo procedimental.

Sin embargo, esta herramienta aún encuentra la brecha del diálogo entre los actores participantes del proceso, especialmente los representantes de los pueblos indígenas u originarios con las comunidades nativas que lideran, según se ha recogido de la investigación de la Onamiap, en que la principal denuncia es que el Estado otorga las concesiones sin desarrollar la consulta previa, para fines extractivos, lo que afecta sus derechos de propiedad comunal, identidad cultural y étnica, participación, pero sobre todo su derecho a la consulta previa.

Encontramos el caso comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra el Ministerio de Energía y Minas (Minem).

Este problema público tiene como variable principal el ejercicio de los derechos colectivos de la población indígena y originaria. Si bien existe un reconocimiento a estos derechos por parte del Estado y la suscripción a convenios internacionales, también se presentan recurrentes situaciones que *limitan su ejercicio*, ubicándolos en una situación de *vulnerabilidad*. (Ministerio de Cultura, 2021)

4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, se han desarrollado los siguientes estándares internacionales, los que el Estado debería considerar en el diseño de sus políticas públicas:

- Garantías específicas frente a las concesiones en el territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
- Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
- Beneficios compartidos con los comuneros de las comunidades nativas.
- Estudios de impacto ambiental.

4.1. Tratados generales¹

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes: Tratado adoptado en la 76.^a Conferencia Internacional del Trabajo (7 de junio de 1989) y en vigor desde el 6 de setiembre de 1991. Está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, un año después de su ratificación.

2 Recopilación de instrumentos sistematizados en el glosario del Ministerio de Cultura, 2016.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: Convención adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969) y en vigor desde el 18 de julio de 1978. El Estado peruano ratificó este instrumento el 28 de julio de 1978.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Declaración adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana (2 de mayo de 1948).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Declaración adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución A/61/295, 61.º periodo de sesiones (13 de setiembre de 2007). (Ministerio de Cultura, 2016).

4.2. Recomendaciones de comités

- Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (Cecr), a través del informe del 2010, instó al Gobierno peruano

a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional.

- Comité de Derechos Humanos (2009): Dictamen del Comité de Derechos Humanos
Comité de Derechos Humanos (2009): Dictamen del Comité de Derechos Humanos-Comunicación 1457/2006, en que se resuelve la denuncia presentada por la autora, Ángela Poma Poma, quien alegó que el desvió de aguas subterráneas de sus tie-

rras, destruyó el ecosistema del altiplano, degradando las tierras y, por ello, murieron miles de cabezas de ganado, colapsando el único sistema de supervivencia de la comunidad. Sobre el caso, se dictaminó la violación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe sobre la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, del 28 de diciembre de 2021: «La declaración de la ONU como la OEA sobre pueblos indígenas contienen disposiciones que advierten que nada contenido en las mismas puede ser interpretada en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos independientes».
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Comunicado de Prensa 071-2022, del 6 de abril de 2022: «La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas».

4.3. Sentencias de la Corte IDH

- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012): El caso es particularmente relevante debido a que la Corte dictamina la violación del derecho a la consulta/acuerdo previo, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en favor del pueblo indígena Sarayacu, por haber otorgado la concesión petrolera a una empresa argentina.

- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006): El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad Yakye Axa, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros
- Caso Awas Tingni vs. Nicaragua (2000): El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos.

5. MARCO CONSTITUCIONAL: INDICADOR ESTRUCTURAL

La Constitución Política del Perú reconoce, en su artículo 89, que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, reconocimiento concordante con el artículo 1 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la polémica sentencia recaída en el Expediente 03066-2019-PA/TC, Caso Comunidades Campesinas Chilla, Chambilla y Chila Pucará, el Tribunal Constitucional peruano «reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, pero entiende también que éste tiene límites». A pesar del resultado de este fallo, podemos rescatar la naturaleza constitucional que subyace en la interpretación del máximo intérprete de la Constitución al derecho de la consulta previa.

A través del autoadmisorio del 28 de febrero del 2022, el Tribunal Constitucional ha ad-

mitido a trámite la demanda de amparo interpuesta por la comunidad campesina de Asacasi, recaída en el Expediente 03326-2017-PA/TC, en que el demandante solicita se declare la nulidad de los actos administrativos por los cuales se otorgan concesiones mineras en el territorio de la comunidad campesina de Asacasi, sin haberse realizado la consulta previa.

Por último, en la Sentencia 925/2021, recaída sobre el Expediente 02268-2015-PA/TC, presentado por la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (Fenamad), en que el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda que solicita la nulidad de los actos administrativos relacionados con las actividades de exploración y explotación en el lote 76 por no haberse respetado el derecho a la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas Harakmbut, Yine y Matsiguenka, el voto de la magistrada Ledesma y Espinosa Saldaña, rescata la naturaleza constitucional que subyace al derecho de consulta previa:

«Tal como lo ha establecido el Tribunal, el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, como cualquier otra norma jurídica, debe ser acatado (cfr. sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 31); a ello debe agregarse que, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00025-2005-PI/TC, fundamento 33). Además, en virtud del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas». (Tribunal Constitucional, 2021)

De la jurisprudencia constitucional analizada, podemos verificar que «no existe un consenso» por parte de este alto colegiado de interpretación y control constitucional, de reconocer el carácter de «derecho fundamental que tiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios», lo que causa preocupación al significar un *overruling*² en la interpretación progresiva de derechos humanos, además de una contradicción a los estándares internacionales señalados en el acápite anterior, según los artículo 55 y IV Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución.

6. MARCO POLÍTICO: INDICADORES ESTRUCTURALES

Dentro de los lineamientos de política general, se han identificado objetivos prioritarios alineados a la Política General del Gobierno al 2021, consensos políticos a largo plazo como son:

- El Acuerdo Nacional, que comprende el conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y del consenso, luego de un proceso de talleres y consultas a nivel nacional, para definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país y afirmar su gobernabilidad democrática (Congreso de la República, 2017).
- El Congreso de la República presenta una sistematización de informes de órganos parlamentarios que han promovido la consulta previa en el procedimiento legislativo, como los informes de la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2008-2009), en que se propone la incorporación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

como parte de un instrumento de gestión estatal, de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, grupo de trabajo «Reglamento e Implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República» (2011-2012).

Producto de esta labor político-legislativa, en 2011 se aprueba la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este dispositivo legal reconoce el derecho de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, en materias referidas a su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

- Conforme se colige del informe leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: Perfiles de países de América Latina que han ratificado el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Convenio 169), el Perú aún enfrenta grandes retos en esta materia.

Hay también avances en materia de consulta y participación, los que varían de nivel de país a país. Si bien la mayoría de los países ha reconocido el deber de consulta a los pueblos indígenas en la legislación nacional (en algunos casos en la Constitución y en otros en legislaciones sectoriales específicas), pocos son los países que han adoptado un marco regulatorio para la implementación de la consulta previa, y que, con ello, han designado autoridades encargadas de su coordinación y vigilancia. Entre estos países, están Costa Rica, Chile, Perú y

2 El *overruling* es una técnica jurídica de interpretación que se utiliza por parte de los administradores de justicia para cambiar el criterio establecido en jurisprudencia anterior en determinada materia del derecho.

Paraguay. Otros países, Argentina, Colombia y México, tienen mecanismos para la participación continua de los pueblos indígenas en el desarrollo de políticas públicas (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

También se han considerado las «políticas sectoriales» que guardan consistencia con la política pública de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios:

De la Base de Datos de Pueblos indígenas u Originarios (BDPI):

- Decreto Legislativo 1360, que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios
- Decreto Supremo 009-2021-MC, que aprueba la actualización del mapa etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú, Mapa Etnolingüístico del Perú.
- Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012-MC, que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.
- Resolución Ministerial 321-2014-MC, que aprueba el listado contenido en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios de centros poblados en comunidades indígenas de la Amazonía peruana.
- Resolución Ministerial 152-2021-DM-MC, que aprueba el «Listado de distritos con mayor presencia y concentración de población indígena u originaria a nivel nacional».

En ambas políticas identificadas (generales y sectoriales), observamos las medidas, acciones y normas aprobadas en torno a continuar con la aplicación de la política pública de la consulta previa, a través de sistemas, planes y mecanismos, como la creación de la BDPI que ha permitido la identificación, mapeo y ac-

tualización de data constante de la población indígena u originaria del país, con el proceso de consulta previa que registra y publica el Ministerio de Cultura, a través de la plataforma virtual: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe>.

7. POLÍTICAS OPERATIVAS: INDICADORES ESTRUCTURALES

Sobre las políticas operativas, se ha elaborado la tabla 2 que identifica las estructuras normativas y administrativas, los sistemas vigentes, la planificación en la política nacional, y finalmente los mecanismos responsables u órganos gubernamentales que tienen a su cargo la implementación y desarrollo del proceso de consulta previa en las comunidades nativas identificadas para este artículo.

8. APLICACIÓN DE POLÍTICAS: INDICADORES DE PROCESO

- Informes de seguimiento y monitoreo: Informe de la Defensoría del Pueblo sobre buenas prácticas defensoriales en consulta previa en 2017. Consulta Previa Lote 189.
- Información presupuestal: El Ministerio de Cultura recibe el 0,5 % del Presupuesto Nacional. Sin embargo, no es el único ente promotor de consultas previas. También esta labor es desarrollada por el Ministerio de Energía, Minas e Hidrocarburos, que cuenta con una asignación mayor. Ejemplo: <https://shorturl.at/uJNUV>
- Aquí también podemos consignar el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, formado por 132 instituciones del Estado, empresas privadas, pueblos indígenas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil.

- Niveles de inversión y ejecución: No se pudo determinar.

9. COMENTARIO CRÍTICO

El derecho a la consulta previa busca garantizar el respeto por derechos humanos, como la identidad cultural, la propiedad ancestral, la participación ciudadana y la búsqueda de justicia para todos en un país intercultural. La denuncia de la Onamiap se ha contrastado con diversas fuentes, verificando que, en muchos casos de concesiones a empresas extractivas, no se ha desarrollado un adecuado proceso de consulta previa (Caso Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chilapucará), en el marco de las obligaciones internacionales que subyacen a los estándares internacionales que protegen este derecho, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del Comunicado 071-2022.

La ley de consulta previa y su reglamento constituyen esfuerzos parlamentarios y políticos que buscan contrarrestar violaciones de derechos humanos a un colectivo social concreto: «pueblos indígenas u originarios», pero estos son insuficientes, si no van aunados a la labor titánica del diseño adecuado de políticas públicas que reduzcan el flagrante incumplimiento anotado en los ocho casos de comunidades nativas que han conducido el sustento material de esta investigación.

Sobre el caso del derecho a la consulta previa dirigido a las comunidades indígenas, es preciso señalar que la Constitución Política del Perú reconoce en el artículo 89 que las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, que tiene concor-

dancia internacional con el artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como parte de los estándares de derechos humanos para el reconocimiento de la autonomía y participación en las decisiones políticas que afecten su vida en comunidad.

Asimismo, la Carta Fundamental ha reconocido constitucionalmente diversas obligaciones estatales como parte de las políticas públicas que garantiza a los ciudadanos del país, como son educación y salud gratuitas, infraestructura, seguridad, mercado, justicia, entre otros que se desagregan en los artículos 17.7, 58, 59, 63 y 138, respectivamente.

Los derechos humanos son el fundamento y sentido del Estado constitucional de derecho, que se crea para garantizar y defender a las personas en dignidad y respeto de sus libertades fundamentales, aunque aún nos quede un largo camino por recorrer. La aspiración y el modelo se encuentran enmarcados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, guía máxima que nos inspira y conduce por un camino de adecuación progresiva en el ordenamiento jurídico nacional en pro de nuestros derechos³.

Por último, es importante recordar que los estándares internacionales, en materia de derechos humanos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, se articulan al derecho nacional a través de la interpretación jurídica, en la denominada teoría del bloque de constitucionalidad, determinada en el artículo 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que extiende la interpretación de los derechos fundamentales a las normas contenidas según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificadas por el Estado peruano.

³ Conclusiones presentadas en el artículo publicado por la autora como *brief* del presente trabajo de investigación, en el blog de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, debidamente referenciado en la parte final de este artículo.

Tabla 2. Procesos de consulta previa en comunidades nativas del Perú

Comunidades nativas	Estructuras	Sistemas	Planes	Mecanismos responsables
Túpac Amaru	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 189, en hidrocarburos que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos a Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	Proceso de consulta previa para el Lote 189 se realizó el 4 de agosto de 2014.	Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM
Betijay			Plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de Perupetro. Acta de reunión preparatoria Plan de Consulta Lote 189.	Acuerdo de Directorio 074-2013 Perupetro Organizaciones indígenas locales pertenecientes a la Organización Regional Aidesep Ucayali (ORAU), la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas de Aidesep Atalaya (Corpiaa) y a la Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía (Urpia).
Sempaya	RDR 0152-96-CTA-RU-DRA. Titularidad de predio para su comunidad	No se ha identificado como actor en un proceso de consulta.	La Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonia de la Provincia de Atalaya (Urpia) ha firmado un convenio con el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Midagri) para reconocimiento geográfico.	Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonia de la Provincia de Atalaya (Urpia) Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Midagri).
Shahuaya	RD 1641-75-DGRA/AR. Titularidad de predio para su comunidad		Ministerio de Producción otorga tarjetas de permisos a empresas pesqueras, «que contaminan y alteran el ecosistema». Acciones correctivas frente a la denuncia.	Ministerio de Producción Ministerio del Ambiente. Dirección General de la Calidad del Ambiente.
Puerto Firmeza	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 200, en hidrocarburos que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos a Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	Evaluación interna dentro de la consulta, el 23 de febrero de 2020 en la ciudad de Yarinacocha, se realizó la reunión de evaluación en conjunto.	Ministerio de Energía y Minas (Minem), a través de la Oficina de Gestión del Diálogo y Participación Ciudadana de la Oficina General de Gestión Social.
Santa Teresita			Esta reunión tuvo la participación de especialistas del IDL y representantes de Feconau y ORAU.	
Santa Lucía				
Tahurapata	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 202-203. Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 202 Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	No se ha identificado el inicio del proceso de consulta en el buscador del Ministerio de Cultura.	

Fuente: Elaboración propia

Figura 2. Procesos de consulta previa en sector hidrocarburos

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Ministerio de Energía y Minas	Lote 164 (Loreto)	Nacional/Regional
	Lote 165 (Loreto)	
	Lote 169 (Ucayali)	
	Lote 175 (Junín)	
	Lote 189 (Ucayali)	
	Lote 190 (Madre de Dios)	
	Lote 191 (Madre de Dios)	
	Lote 195 (Huánuco, Pasco y Ucayali)	
	Lote 197 (Loreto)	
	Lote 198 (Loreto)	

Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

CONCLUSIONES

- El principal argumento que ha buscado exponer este artículo es el incumplimiento del Estado peruano al derecho de consulta previa que tienen las comunidades indígenas y nativas, un derecho que no ha sido reconocido expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, ha sido materia de informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aquí citadas, extendiendo de manera articulada su ámbito de protección del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos, a través de normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Un inadecuado análisis en el diseño de políticas públicas que no contemplen los indicadores estructurales, de proceso y de resultados corre el grave riesgo anotado por el informe de la Onamiap, de su incumplimiento.
- Los ocho casos identificados en Ucayali son las unidades de análisis de este trabajo, en que el otorgamiento de concesiones a empresas privadas sin previa consulta a los comuneros expone su identidad cultural y su patrimonio ancestral.
- El derecho es progresivo y extensivo, evoluciona con las sociedades y con la propia naturaleza humana. Se debe primar la dignidad del ser humano sobre los intereses económicos que afecten la identidad, autonomía y el derecho al consentimiento previo, libre e informado que tienen las comunidades indígenas u originarias en Ucayali y en todo el territorio intercultural de nuestra nación.
- Los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales se desarrollan en el ámbito internacional en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciéndose el derecho a la propiedad territorial como eje neurálgico del

desarrollo cultural y la propia supervivencia de las comunidades nativas, incluidos el uso y el disfrute de sus derechos naturales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardach, E. (1998). *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Un manual para la práctica*. CIDE.
- Caldera, Á. (2005). *Los problemas públicos: naturaleza y estructuración*. Universidad Autónoma de Aguas Calientes. Curso Evaluación de Políticas Públicas, Educación a Distancia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012). «Análisis crítico de la consulta previa en el Perú». Informes sobre el proceso de reglamentación de la ley de consulta y del reglamento. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima. www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf
- Defensoría del Pueblo (2017). «Buenas prácticas de las defensorías del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa». <https://bit.ly/3HWbuAs>
- Equidad. Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (2021). «Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030. ¿En ruta hacia a dónde?». *Equidad*. <https://bit.ly/3VOB7J4>
- Instituto de Derechos Humanos (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto. <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>
- Ministerio de Cultura (2016). *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://bit.ly/2INQkHT>
- (2021a). «Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030».
- (2021b). «Listado de pueblos indígenas u originarios consultados». <https://shorturl.at/sAGTU>
- (2022a). «Consulta previa». <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>
- (2022b). «Consulta previa. Lote 189». <https://bit.ly/3BuRUYB>
- (2022c). «Consulta previa. Lote 200». <https://bit.ly/44G1vcp>
- (2022d). «Consulta previa: Actores». <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/actores>
- (2022e). «Los derechos colectivos de los pueblos indígenas». <https://bit.ly/3Be9wHK>
- (2022f). «Propuesta de plan de consulta del proceso de consultiva previa sobre los proyectos de resoluciones viceministeriales de declaratoria como bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación de los monumentos arqueológicos prehispánicos Intihuatana-Colcaraccay-Runayupana, sectores 1 y 2, y Qillaycancha». <https://bit.ly/3Banw5h>
- Ministerio de Energía, Minas e Hidrocarburos (2016). «Plan de consulta: Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza». <https://bit.ly/3NTDqsm>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). «Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025». <https://bit.ly/41j9o4p>
- Ministerio del Ambiente (2003). «Estudio de desempeño ambiental (ESDA) (2003-2013)». <https://bit.ly/3HVBmfD>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) (s. f.). «Folleto 10: Los pueblos indígenas y el medio ambiente». <https://shorturl.at/fyJKL>
- Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (Onamiap) (2022). «Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en el marco de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas».
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (2022). «Comunicado de Prensa 071-2022». <https://bit.ly/3MbQk3F>
- Organización Internacional de Trabajo (OIT) (2020). «Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: perfiles de países de América Latina que han ratifica-

- do el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989» (Convenio 169). <https://bit.ly/3VLqpDn>
- Ortegón, Pacheco & Prieto (2005). «Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas». Naciones Unidas. Material obligatorio del curso en Paideia.
- Palomino, N. (2022). «Políticas públicas: Concepto y aplicación en el Perú». <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/author/nadia-palomino>
- Perupetro (2014). «Acuerdo de Directorio 114-2014». <https://bit.ly/42GkSQx>
- Tribunal Constitucional (2022a). «Expediente 03066-2019-PA/TC». <https://bit.ly/44I6toN>
- (2022b). «Expediente 03326-2017-PA/TC». <https://bit.ly/3VRoih2>
- Vismara, J. P. (2012). «Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas. La nueva jurisprudencia de la Corte IDH». www.corteidh.or.cr/tablas/r34437.pdf
- Zambrano, G.; Berganza, I.; Cuentas, V. & Hurtado, E. (2017). Bagua: entendiendo al Derecho en un contexto culturalmente complejo. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP),

SOBRE LA AUTORA

Miembro de la Comisión Especializada de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente universitaria especializada en derecho constitucional general, derecho constitucional peruano, derecho procesal constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Fue abogada en el Gobierno Regional de La Libertad y secretaria técnica disciplinaria en la Municipalidad Provincial de Trujillo. Se ha desempeñado en diferentes entidades del sector público como especialista en contrataciones del Estado adscrita a la Gerencia Regional de Infraestructura. Doctoranda en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Maestra en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Especialista en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada por la UPAO.