



EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS E INDÍGENAS EN EL PERÚ: ¿UNA REALIDAD UTÓPICA?

*Adriana Reátegui Mendoza**

Universidad Católica Sedes Sapientiae
2018101242@ucss.pe

Resumen: Por un lado, la consulta previa es un derecho de los pueblos autóctonos, el cual establece que deben ser consultados por el Estado toda vez que se deseen implementar medidas administrativas o legislativas que puedan vulnerarlos de manera directa. Por otro, es un mecanismo legal de diálogo intercultural y participación activa, el cual debe prever información clara y concisa para que sus puntos de vista, intereses y necesidades sean tomados en cuenta en todo momento. Sin embargo, durante los años posteriores a su regulación en nuestra legislación, ha sido bastante común encontrarnos con todo tipo de vulneraciones frente a los derechos fundamentales de estas colectividades, por lo que podemos asegurar que no se encuentra protegido en su totalidad.

Palabras clave: Pueblo, consulta, Estado, cultura, participación, comunidades, originarios, indígenas, autóctonos.

THE RIGHT TO PRIOR CONSULTATION OF NATIVE AND INDIGENOUS PEOPLES IN PERU: A UTOPIAN REALITY?

Abstract: On the one hand, prior consultation is a right of indigenous peoples, which establishes that they must be consulted by the State whenever it wishes to implement administrative or legislative measures that may directly affect them. On the other hand, it is a legal mechanism for intercultural dialogue and active participation, which must provide clear and concise information so that their points of view, interests and needs are taken into account at all times. However, during the years following its regulation in our legislation, it has been quite common to find all kinds of violations of the fundamental rights of these communities, so we can ensure that it is not protected in its entirety.

Keywords: People, consultation, State, culture, participation, communities, original, indigenous, autochthonous.

* Estudiante del Décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

1. Introducción

La poca información, interés y publicidad acerca del derecho a la consulta previa resulta sumamente indignante. Si bien es cierto, existen normas que lo avalan, pero el desconocimiento por parte de la sociedad frente a este tema, brinda las facilidades para que sea fuertemente vulnerado por el Estado. Los principales objetivos de la presente investigación se basan en identificar las barreras y obstáculos que afectan la ejecución total del derecho a la consulta previa en el Perú; determinar los mecanismos utilizados en el proceso de consulta previa en relación a las medidas administrativas y legislativas que se pretendan llevar a cabo; establecer propuestas de mejora y soluciones factibles para entablar un procedimiento de consulta eficiente y estatuir pautas que aseguren su participación activa.

La primera parte del artículo jurídico, versará acerca de las cuestiones preliminares del derecho a la consulta previa. Se tocarán puntos tales como su contenido en general, los antecedentes históricos, los principios y los criterios de identificación.

En ese sentido, en la segunda parte del presente trabajo de investigación, abordará el derecho comparado de la consulta previa. Se tomará en cuenta la legislación de países, tales como Bolivia, Ecuador y Colombia, para su correspondiente comparación legal con el Perú.

Por último, se referirá al derecho de consulta previa específicamente en nuestro país. Se desarrollarán puntos como su marco normativo, casos concretos, problemas que afectan su correcto ejercicio y las medidas que se podrían implementar para garantizar una consulta previa efectiva, la cual asegure el debido cumplimiento de este derecho.

2. Problema e hipótesis

El problema principal es el siguiente: ¿El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios está suficientemente protegido por la actual legislación peruana?

La hipótesis es la siguiente: El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios no está suficientemente protegido por la actual legislación peruana.

3. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación es de tipo dogmático – jurídico y socio – jurídico. Los métodos que se aplicarán serán el método exegético, el método dogmático y el método comparatista. Cabe mencionar que el método exegético se utiliza para interpretar leyes y determinar su significado original. Con esto, se pretende interiorizar y comprender a

fondo la legislación de nuestro país que esté relacionada con el tema de investigación a desarrollar. A la vez, el método dogmático se basa en la aplicación de la lógica y la argumentación jurídica para analizar las normas y principios del derecho. Por lo que se podrá concretar un análisis interpretativo de las normas existentes que se encuentren concatenadas con la consulta previa en el país. Además, el método comparatista se basa en la aproximación o enfoque que implica comparar distintas realidades existentes en el espacio en el que vivimos para contrastar semejanzas y diferencias pertinentes. Bajo esa premisa, se tomarán en cuenta legislaciones pertenecientes a América Latina y su implicancia en el derecho a la consulta previa. Finalmente, la herramienta de recolección de datos será el análisis documental, el cual examina y analiza documentos relevantes para recopilar datos que aporten a la investigación que se está llevando a cabo.

4. Marco teórico – normativo

El presente trabajo de investigación parte de la perspectiva de que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que debe ser respetado por todos los miembros de nuestra sociedad. En este sentido, este derecho no está suficientemente protegido por la normatividad existente en el país. Los mecanismos que se utilizan previamente a la ejecución de medidas administrativas y legislativas no aseguran la transparencia, eficacia y garantía de la participación activa de la población de estas zonas, lo que podría dar lugar a la vulneración de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos.

Para la comprensión del tema, es necesario tener en cuenta las siguientes definiciones:

- **Acta de Consulta:** Instrumento público que contiene los acuerdos que se alcancen como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. (Ministerio de Cultura, 2017).
- **Derechos Colectivos:** Derechos que por su naturaleza no son de titularidad de un individuo, sino que corresponden a todos o a un grupo. (Ministerio de Cultura, 2017).
- **Pueblo Indígena u Originario:** Pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. (Ministerio de Cultura, 2017).

Las normas a analizar en el presente tema de investigación serán las siguientes: Constitución Política del Perú; Ley N. 29785 – Ley de la Consulta Previa y su Reglamento y el Convenio N. 169 de la OIT.

5. Cuestiones generales

5.1. Antecedentes históricos del derecho a la consulta previa

A lo largo de la historia, el derecho a la consulta previa ha tenido un desarrollo bastante notorio. Dentro de ámbito del derecho internacional, se han desencadenado múltiples eventos históricos que han dado cabida a la implementación, desarrollo y trascendencia de instrumentos internacionales, orientados a proteger y amparar los derechos fundamentales y colectivos de los pueblos autóctonos. Los acontecimientos que han impulsado grandemente los avances de este derecho son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ (1948), constituye un hito trascendental en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de que no hace una referencia explícita al derecho a la consulta previa, sienta las bases para su reconocimiento al consagrar el derecho de los individuos a participar en las decisiones que los afecten directamente y que puedan tener un impacto significativo en sus vidas y comunidades.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente² (1972), representa un importante avance en el ámbito del derecho internacional ambiental al reconocer el derecho de las personas a participar activamente en la toma de decisiones relativas a cuestiones ambientales que los involucren. Aunque no haga mención expresa a los pueblos indígenas u originarios, estableció las bases para el reconocimiento del derecho a la participación y consulta en asuntos medioambientales.

El Convenio N. 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales³ (1989), establece el deber que tiene el Estado de consultar a los pueblos autóctonos antes de adoptar medidas legales o administrativas que los puedan llegar a afectar directamente. Se basa en el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades, en relación con sus tradiciones, instituciones y formas de vida.

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

² Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 16 de junio de 1972.

³ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado el 27 de junio de 1989.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴ (2007), establece un marco jurídico amplio que consagra los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Reconoce y garantiza una serie de derechos fundamentales para la protección y promoción de los pueblos nativos, en relación con los principios universales de los derechos humanos.

El caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁵ (2012), es significativo porque fortalece la protección de los derechos territoriales, culturales y ambientales de las comunidades nativas. Esta decisión jurisprudencial fortalece los principios fundamentales de los derechos humanos y destaca la importancia del consentimiento previo, libre e informado en las decisiones que afecten a las comunidades indígenas y al medio ambiente.

La Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas⁶ (2014), constituye un evento trascendental en el reconocimiento y promoción de los derechos nativos a nivel mundial. Es un valioso recurso para abogar por el reconocimiento y respeto de los derechos indígenas, abordando aspectos como los derechos colectivos, la participación y consulta, la discriminación y exclusión y el desarrollo sostenible.

5.2. Contenido del derecho a la consulta previa

Según el Ministerio de Cultura del Perú (2019), la consulta previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos autóctonos, su objetivo es entablar tratados positivos sobre medidas administrativas o legislativas que puedan llegar a afectar sus derechos, tanto personales como colectivos. En el ejercicio de este derecho se busca incorporar sus puntos de vista, opiniones e intereses en las medidas relacionadas con sus derechos colectivos, cuando se considere que podría existir posibilidad de vulnerar sus derechos fundamentales. Es vital que sea un proceso vinculante, es decir, que sus opiniones sean consideradas al momento de la toma de decisiones por parte del Estado.

Respecto a ello, la autora Soledad García Muñoz, manifiesta que

Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales debe garantizarse el derecho a la identidad cultural, es decir, debe protegerse la cultura como forma de vida. En consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para proteger la identidad de las minorías, lo que incluye el derecho de los pueblos

⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 13 de setiembre del 2007.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.

⁶ Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas. Declaración final de la Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas, 22-23 de setiembre de 2014. Nueva York, Estados Unidos.

indígenas a emplear su propio idioma, el derecho a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros. (2021, p. 76)

El derecho primordial a la igualdad y no discriminación debe garantizar que los pueblos indígenas u originarios sean tratados de manera justa y equitativa, sin sufrir ningún tipo de discriminación por su origen étnico o cultural. La igualdad implica que todos los grupos involucrados sean considerados de manera igualitaria y tengan la misma oportunidad de participar y expresar sus opiniones en la toma de decisiones. El derecho a la preservación cultural y espiritual es un principio fundamental que se aplica a las personas pertenecientes a los pueblos originarios e indígenas, reconociendo y protegiendo su identidad cultural, sus tradiciones ancestrales y su conexión espiritual con el entorno. Este derecho abarca no solo el respeto y la valoración de sus creencias, costumbres y prácticas culturales, sino también la garantía de su participación efectiva y significativa durante todo el proceso. El derecho a la información y transparencia es un principio fundamental que se encuentra arraigado en el ámbito jurídico, y su importancia radica en la protección de la privacidad e intimidad de las personas involucradas en cualquier proceso de consulta previa. Este derecho es un pilar fundamental en el marco legal de numerosos países y se encuentra respaldado por diversos instrumentos internacionales. En el contexto de la consulta previa, el respeto a la privacidad e intimidad de las personas adquiere una relevancia especial. La buena fe y el diálogo constructivo son principios fundamentales que deben regir con el propósito de promover una relación equitativa y respetuosa entre los pueblos originarios e indígenas y las autoridades competentes.

Estos principios implican la necesidad de llevar a cabo la consulta de manera transparente, inclusiva y participativa, fomentando un ambiente propicio para la generación de acuerdos mutuamente satisfactorios. El diálogo constructivo implica la apertura a la comunicación bidireccional, donde todas las partes involucradas puedan expresar sus puntos de vista y argumentos de manera respetuosa y en un ambiente de confianza. Es esencial que se promueva un espacio de diálogo inclusivo, donde los pueblos indígenas puedan participar activamente y contar con el tiempo y los recursos necesarios para expresar sus opiniones de forma informada y fundamentada.

5.3. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

Los criterios utilizados para identificar y definir a las comunidades autóctonas desempeñan un papel fundamental en la determinación de su condición como indígenas u originarios. Estos criterios, que pueden variar según el contexto y la legislación de cada país, se basan en una serie de aspectos considerados como puntos de referencia.

El autor Rodolfo Stavenhagen manifiesta:

Un enfoque de derechos humanos permite identificar a los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos y coloca la realización de estos derechos como el objetivo principal del desarrollo. Tal y como se ha documentado en numerosas buenas prácticas en distintas partes del mundo, un desarrollo endógeno y sostenido es posible cuando se basa en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y aspira a su cumplimiento. (2007a, p. 172)

La autoidentificación es un principio fundamental en la determinación de la condición indígena u originaria de una persona o comunidad, puesto que distingue y promueve el derecho de los individuos a definirse a sí mismos como pueblos indígenas u originarios. Es esencial para preservar la diversidad cultural y salvaguardar la autenticidad y singularidad de cada pueblo, ya que al permitir que los individuos y las comunidades se autoidentifiquen, se respeta su autonomía y se reconoce su profundo conocimiento y conexión con su propia cultura, historia y territorio.

El vínculo histórico y ancestral es un elemento fundamental en la identificación de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en diversos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales. Este vínculo se fundamenta en el hecho de que estos pueblos tienen una conexión arraigada, profunda y duradera con un territorio específico. Su presencia en dicho territorio puede abarcar generaciones o incluso siglos, y su relación con él es esencial para el reconocimiento de su identidad y existencia individual y colectiva.

Las características culturales y sociales distintivas desempeñan un rol fundamental en la identificación y reconocimiento de las comunidades. Estas características, que abarcan una amplia gama de aspectos, reflejan la riqueza y la diversidad cultural de estos pueblos, así como su patrimonio ancestral. Su consideración es esencial para salvaguardar y promover el ejercicio de sus derechos colectivos, así como para garantizar su desarrollo sostenible y su autodeterminación.

El idioma constituye uno de los elementos centrales de identidad cultural. La preservación y revitalización de las lenguas indígenas son fundamentales para garantizar la transmisión intergeneracional de conocimientos, tradiciones y cosmovisiones propias de cada comunidad. Las tradiciones y prácticas espirituales son otro aspecto distintivo de los pueblos indígenas u originarios. Estas prácticas, arraigadas en una cosmovisión particular, reflejan la estrecha relación de estos pueblos con la naturaleza, los seres vivos y lo sagrado.

Las ceremonias, rituales y festividades son expresiones culturales fundamentales que fortalecen la cohesión comunitaria y perpetúan la conexión espiritual de los pueblos indígenas con su entorno. Las estructuras sociales y los sistemas de gobierno propios de los pueblos indígenas también son elementos distintivos que reflejan su organización comunitaria y su autogobierno.

Estos sistemas se basan en principios de participación colectiva, toma de decisiones consensuada y respeto por la sabiduría y el conocimiento de los ancianos y líderes comunitarios. Reconocer y respetar estos sistemas de gobierno es fundamental para asegurar su autodeterminación garantizar su participación en los asuntos que les conciernan.

6. La consulta previa en el derecho comparado

Actualmente, la importancia de proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios ha aumentado considerablemente y se ha convertido en un punto central de discusión en América Latina. Reconociendo la necesidad de preservar la diversidad cultural y los intereses de estas comunidades, el derecho a la consulta previa se ha afianzado como uno de los mecanismos más significativos para asegurar su participación activa en las decisiones administrativas y legislativas que tengan un impacto directo en los derechos e intereses individuales y colectivos de estos grupos. Al examinar las legislaciones de estos países, podemos identificar similitudes, diferencias y áreas potenciales para una mejora constante, lo cual brindará una comprensión de cómo se están implementando los mecanismos de consulta anticipada en cada contexto nacional y los desafíos a los que se enfrentan.

Rodolfo Stavenhagen manifiesta al respecto:

El análisis de la legislación existente en los países latinoamericanos sugiere la necesidad de revisar esta legislación en función de los derechos individuales y colectivos de los pueblos. Hay legislaciones francamente discriminatorias de

los indígenas (aun cuando aparecen como protectoras o tutelares), y existen legislaciones que al no prever un tratamiento específico para los grupos indígenas contribuyen, de hecho, a perpetuar situaciones de discriminación y de injusticia que se traducen en violaciones de facto de los derechos humanos. (1988b, p. 355).

6.1. Bolivia

El marco legal nacional de la consulta previa en Bolivia (Fundación para el Debido Proceso Legal, 2011, p. 29) se encuentra establecido en la Constitución Política y en la Ley N. 3760 – Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas Originarios Campesinos. Asimismo, en el marco legal internacional, ratificó el Convenio N. 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dictamina el derecho a la consulta previa. Este convenio fue incorporado a la 141 normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 de 1991.

Dichas normativas, tienen el objeto de reconocer y brindar la debida protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, y a la vez, dictaminar el correcto procedimiento para llevar a cabo la consulta previa frente a las medidas administrativas o legislativas que se quieran entablar. El artículo 30 de la Constitución Política de Bolivia, reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada, disponiendo así que cualquier medida legislativa o administrativa que tenga un impacto directo sobre los pueblos indígenas y originarios debe ser sometida a consulta, en cumplimiento de los principios de buena fe, participación, respeto a la identidad cultural, igualdad de género y equidad generacional.

6.2. Ecuador

La Constitución Política de 1998 consagró varios derechos colectivos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas. En 2008 se aprobó una nueva Constitución que incorporó un capítulo específico sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en versiones más proteccionistas, y consagró específicamente el derecho a la consulta previa. El derecho a la consulta previa encuentra su fundamento principal en el artículo 57 de la Constitución de Ecuador, el cual establece de manera clara y contundente que los pueblos tendrán el derecho a ser consultados y participar de manera previa, libre e informada en programas y planes de exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles directamente. A pesar de ello, existe un profundo malestar por la distancia entre la consagración constitucional y la realidad, puesto que el derecho a la consulta

previa todavía no ha sido plasmado en la legislación secundaria correspondiente, en la institucionalidad estatal o en el presupuesto público, lo cual ha dificultado su plena implementación en la práctica.

6.3. Colombia

En Colombia, el derecho a la consulta previa está normada principalmente en la Ley 21 de 1991, conocida como la Ley de Consulta Previa. Esta ley proporciona los lineamientos y procedimientos necesarios para llevar a cabo de manera efectiva la consulta previa en el país. A la vez, es importante tener en cuenta que el desarrollo de la consulta previa en Colombia no se limita únicamente a esta ley, ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la ampliación y mejora del marco legal. La Corte Constitucional ha complementado la Ley 21 de 1991 y el Convenio 169 de la OIT con principios y criterios adicionales que garantizan una implementación efectiva de la consulta previa. Sin embargo, el marco regulatorio de la consulta previa incluye leyes, decretos y directivas presidenciales que por su cantidad, diversidad y falta de consenso generan inseguridad jurídica.

La participación de los diversos pueblos en Colombia es un asunto de gran complejidad y diversidad, puesto que el país alberga una amplia gama de comunidades étnicas y culturas. A lo largo de la historia, los pueblos indígenas, afrocolombianos y otras comunidades han persistido en la lucha por el reconocimiento y la protección de sus derechos, así como por una participación activa en los asuntos que les atañen.

7. El derecho a la consulta previa

7.1. Marco normativo

En nuestro país, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios se encuentra taxativamente normado mediante normas jurídicas que pretenden salvaguardar la diversidad cultural de los pueblos autóctonos, así como su desarrollo libre e informado. Algunas de ellas son las siguientes:

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es el principal instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 y ratificado por 24 Estados. Este convenio garantiza los derechos indígenas, incluyendo el derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo y tomando en cuenta sus creencias, costumbres, bienestar colectivo y espiritual.

La Ley N. 29785 se enfoca en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el país. Esta ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa en medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a estos pueblos. La ley reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre aquellas medidas que puedan afectarlos de alguna u otra manera.

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios fue aprobado el 2012 en nuestro país. Este reglamento desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa en medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas. La consulta previa se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconocidos por el Estado peruano.

7.2. Consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas u originarios

El Consentimiento Previo, Libre e Informado es un principio sumamente importante dentro del ámbito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, puesto que reconoce la participación activa en la toma de decisiones que realiza el Estado al momento de llevar a cabo propuestas legislativas o administrativas que los afecten de manera directa. La consulta debe ser voluntaria, sin ningún tipo de presión o coerción de terceros entes involucrados, sino al contrario, debe darse de manera natural, brindando la información necesaria y clara para que no existan malos entendidos de por medio.

Resulta relevante subrayar que se encuentra respaldado por diversos instrumentos y manifestaciones internacionales de gran relevancia. Un ejemplo destacado es la Declaración de las Naciones Unidas⁷ sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007, que establece de manera inequívoca el derecho de los pueblos indígenas a otorgar o negar su consentimiento libre e informado en relación con cualquier medida que pueda afectarles. Esta declaración representa un hito significativo en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel global.

A pesar de los avances logrados en el reconocimiento del Consentimiento Previo, Libre e Informado, es importante reconocer que aún existen desafíos significativos en su aplicación efectiva, los cuales incluyen taxativamente la falta de conciencia y comprensión por parte de los actores involucrados en la toma de decisiones, las limitaciones en

⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 16 de junio de 1972.

los procesos de consulta y la ausencia de mecanismos adecuados de seguimiento y cumplimiento.

Uno de los desafíos clave reside en la falta de conciencia y comprensión por parte de los actores involucrados, lo que puede conducir a una subestimación o incluso ignorancia de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Esto puede dificultar la implementación adecuada de los procesos de consulta y limitar la participación significativa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Otro desafío radica en las limitaciones que enfrentan los procesos de consulta, que pueden estar mal diseñados, ser insuficientes o no contar con una estructura adecuada para garantizar la participación significativa de los pueblos autóctonos en la legislación peruana.

7.3. Casos concretos de desprotección frente al derecho de consulta previa

A lo largo de la historia del Perú, se han ocasionado frecuentes vulneraciones en relación al derecho a la consulta previa de los pueblos originarios e indígenas. Entre los más destacados, se encuentran los siguientes casos en concreto:

El “Proyecto Conga” fue un plan de desarrollo minero ubicado en la Región de Cajamarca, cuyo objetivo principal era extraer oro y cobre de la zona con la construcción de una mina a cielo abierto y la creación de reservorios de agua para la acumulación de residuos mineros. La comunidad se opuso al proyecto y solicitaron una consulta previa adecuada para entablar acuerdos que respetaran sus derechos, ya que sus territorios se encontraban en latente peligro. Sin embargo, el proyecto se llevó a cabo y generó a consecuencia un clima de tensión y conflicto entre la población y las autoridades competentes. Con posterioridad, se trataron de ejercer algunos intentos de diálogo y negociación entre las partes intervinientes, pero no se concretizó acuerdo alguno.

El “Proyecto Camisea” es un proyecto de desarrollo de gas natural que se encuentra ubicado en la Región de Cuzco. Consiste en la explotación de los yacimientos de gas natural de Camisea, el cual es uno de los más grandes en toda América Latina. El gas extraído se utiliza tanto para el consumo interno del país como para la exportación, lo que ha generado grandes ingresos en el ámbito nacional. Sin embargo, el proyecto ha traído consigo grandes impactos negativos en el medio ambiente y en las comunidades locales, puesto que se han detectado problemas de deforestación, contaminación del agua y gran afectación de los derechos fundamentales de las comunidades.

El “Lote 192” es un área de exploración y producción de hidrocarburos ubicada en la Región de Loreto. Es operado por una empresa petrolera y ha sido objeto de interés

debido a su potencial para la extracción de petróleo y gas natural. Sin embargo, ha sido punto frecuente de controversias ambientales debido a su ubicación en una zona de gran biodiversidad y sensibilidad ecológica. Se han visualizado una gran variedad de problemas, entre los más frecuentes se encuentran la deforestación, la contaminación del agua y posibles impactos negativos en la vida silvestre y las comunidades indígenas que dependen de los recursos naturales que se encuentran en esa zona.

7.4. Problemas para el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa

Desde sus inicios, el derecho a la consulta previa en nuestro país ha enfrentado una serie de problemas que han dificultado su correcta y debida implementación. En el presente capítulo se analizarán algunos de los más presentes.

La falta de reconocimiento y aplicación efectiva de la consulta previa vendría a ser el eje problemático principal, debido a que a pesar de que este importante derecho fundamental se sostiene en una base jurídica nacional e internacional, su aplicación es deficiente incluso una década posterior a su promulgación. Podría deberse a múltiples razones, pero las más razonables son la falta de voluntad política y la ausencia de mecanismos que establezcan un claro y efectivo proceso de consulta previa.

La interpretación restrictiva de la consulta previa se refiere a la limitación que tienen las autoridades frente a los proyectos de desarrollo que pueden afectar considerablemente a las comunidades nativas, provocando desacuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios. Por razones obvias, el Estado mediante sus instituciones competentes, cuenta con mayores recursos, conocimientos y capacidad para influir en la toma de decisiones, lo que puede dificultar a gran escala la participación activa, equitativa y significativa de las comunidades al momento de brindar su opinión.

La falta de acceso a información adecuada es quizás el motivo más común de la deficiente labor que realiza el Estado frente a la promoción de los derechos fundamentales de estas comunidades. El derecho a la consulta previa establece que los pueblos originarios e indígenas deben recibir información transparente, completa y comprensible sobre las decisiones o proyectos de desarrollo que puedan tener algún impacto en sus derechos, tanto personales como colectivos, premisa que es utópica hasta cierto punto.

La presión y las amenazas frecuentes a líderes y defensores de los derechos de los pueblos originarios e indígenas crean un ambiente de temor y desprotección. Es bien sabido que las autoridades que trabajan arduamente en la promoción y defensa de los derechos de estas comunidades sufren activamente amenazas, hasta llegar al punto

máximo de violencia, lo que ha limitado significativamente la capacidad para ejercer de manera plena el derecho a la consulta previa y la representación de los beneficios comunitarios.

7.5. Medidas que se podrían implementar para garantizar una consulta previa efectiva

Para asegurar un proceso de consulta previa adecuada, se pueden implementar múltiples medidas que salvaguarden de manera correcta el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas u originarias del Perú, tales como:

La implementación de mecanismos de seguimiento y monitoreo, los cuales aseguren la debida ejecución de los acuerdos que se establezcan al momento de llevar a cabo el procedimiento de consulta previa entre el Estado y los pueblos. Tales mecanismos deben ser diseñados bajo las premisas de independencia y participación colectiva, tanto de las comunidades como de las organizaciones competentes de la sociedad civil, para que exista equidad de opinión y facultad y se lleguen a acuerdos que los beneficien mutuamente.

Entablar el proceso de consulta previa en un ambiente de respeto mutuo, diálogo asertivo y buena fe, para permitir que los pueblos indígenas u originarios expresen libremente sus preocupaciones, intereses y prioridades. A través de esta medida, se busca de manera exhaustiva lograr acuerdos anticipados a la ejecución de proyectos de desarrollo, previamente estableciendo una relación de confianza entre las autoridades competentes que deseen llevar a cabo una medida administrativa y legislativa y los pueblos autóctonos pertenecientes a estas zonas sensibles.

La compensación, consagrada en diversas normas y tratados internacionales, reviste una gran relevancia en el contexto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. En este sentido, la reparación y compensación se configuran como una respuesta legal y ética frente a las injusticias sufridas por estos pueblos en cuanto a las medidas administrativas y los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo.

El marco legal y político sólido es fundamental para el debido reconocimiento y protección del derecho a la consulta previa en el país. Esto implica que se legislen normas acordes a la realidad presente de los pueblos autóctonos implicados, sus formas de vivir y sus necesidades más frecuentes. Asimismo, se deben tomar en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, llevando a cabo procesos de consulta culturalmente adecuados que impliquen el respeto frente a las costumbres, tradiciones, valores, prácticas sociales y culturales de los pueblos originarios e indígenas.

8. Conclusiones

El principio del consentimiento previo, libre e informado es un derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios que garantiza su participación significativa en las decisiones que afectan sus derechos, territorios y recursos y reconoce la importancia de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de emprender cualquier acción o proyecto que pueda tener consecuencias directas sobre ellos.

La participación activa es un derecho fundamental de los pueblos autóctonos que garantiza su plena inclusión en el proceso de consulta. Este derecho reconoce la importancia de que los pueblos indígenas tengan la oportunidad de participar activamente y de manera significativa en todas las etapas del proceso de consulta, desde la planificación hasta la implementación y el seguimiento.

En caso de que las medidas adoptadas sin la debida consulta previa hayan ocasionado daños o violaciones a sus derechos individuales, resulta fundamental reconocer y garantizar su derecho a obtener justicia y reparación integral y colectiva. La importancia de este derecho radica en su potencial para restablecer la dignidad y los derechos vulnerados de los pueblos indígenas, así como en su capacidad para promover la reconciliación y la construcción de una sociedad más inclusiva y equitativa.

La Ley de Consulta Previa en el Perú ha sido objeto de diversas críticas desde el momento de su implementación, lo cual ha generado múltiples desafíos al momento de entablar un correcto procedimiento de consulta previa entre el Estado y los pueblos autóctonos. Es de suma importancia que se lleven a cabo esfuerzos significativos para eliminar las barreras burocráticas existentes y de igual forma, fortalecer la participación activa e inclusiva de los pueblos originarios e indígenas en la toma de decisiones que estén relacionadas directamente con sus derechos fundamentales y colectivos.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>

- Congreso de la República. (2011). Ley N. 29785, Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3712438/Ley%20N%C2%B0%2029785.pdf?v=1664560962>
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. *20 años trabajando por tus derechos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Constitución Política de Bolivia. (2012). Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9DF98B012B08FAC105257D460061CD6E/\\$FILE/CPE%5B1%5D.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9DF98B012B08FAC105257D460061CD6E/$FILE/CPE%5B1%5D.pdf)
- Constitución Política de Colombia (1991). Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>
- Constitución Política de Ecuador. (2008). Comisión Andina de Juristas. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F99D3E741E6B0C340525777F00029BA5/\\$FILE/Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Ecuador.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F99D3E741E6B0C340525777F00029BA5/$FILE/Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Ecuador.pdf)
- Constitución Política del Perú. (1993). Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Convenio 169 de la OIT. (1989). Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Fundación para el Debido Proceso Legal. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Oxfam. <https://www.dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf>
- García, S. (2021). *Compendio sobre Derechos Económicos, Culturales y Ambientales*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio%20DESCA_ESP_completo.pdf
- Ministerio de Cultura. (2017). Derecho a la Consulta Previa. https://www.culturacusco.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/DERECHO-A-LA-CONSULTA-PREVIA_2020_publicaci%C3%B3n.pdf
- Ministerio de Cultura. (2019). Derecho a la Consulta Previa. https://www.culturacusco.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/DERECHO-A-LA-CONSULTA-PREVIA_2020_publicaci%C3%B3n.pdf

- Oficina Internacional del Trabajo. (2015). Convenio N. 169 de la OIT. El derecho a la consulta. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_445528.pdf
- Sisniegas, A. (2016). Conga: La actual situación del conflicto y los aspectos jurídicos y sociales más relevantes. *Pólemos – Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://www.polemos.pe/conga-la-actual-situacion-del-conflicto-los-aspectos-juridicos-sociales-mas-relevantes/>
- Sosa Villagarcía, P., Pérez Pinillos, J., Figueroa Burga, M., & Uchuypoma Soria, D. (2012). Los efectos de la fragmentación en las organizaciones indígenas y la dinámica política e institucional de la consulta previa en el Perú a un año de su aprobación. *Politai*, 3(5), 157-177. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14133>
- Stavenhagen, R. (1988a). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/13089.pdf>
- Stavenhagen, R. (2007b). Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional. *Revista IIDH*, 10, 39-64. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06858-3.pdf>
- Stavenhagen, R. (2007). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6017.pdf>