

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: CONTEXTO HISTORICO EN EL BICENTENARIO DEL PERU

THE RIGHT TO PRIOR CONSULTATION: HISTORICAL CONTEXT ON THE BICENTENARY OF PERU

Einer Narvaez Lopez*

Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Perú

Resumen

Este artículo tiene por objetivo describir el contexto histórico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas a nivel internacional, para luego analizar el caso peruano. El análisis toma como referencia el debate de Valladolid, que tuvo lugar entre 1550 y 1551, asimismo, se hará un análisis respecto del texto español escrito por Palacios Rubios en 1512 en el contexto de la Ley de Burgos. Se describirá el Convenio 157 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en ese marco, analizaremos la implementación de un caso concreto sobre la aplicación de la consulta previa en el Perú, para ver cómo se han venido aplicando. Y finalmente concluimos con el análisis de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú.

Palabras clave: *Consulta previa, Historia, Bicentenario del Perú.*

Abstract

This article aims to describe the historical context of the right to prior consultation of indigenous peoples at the international level, to then land on the Peruvian case. The analysis takes as reference the Valladolid debate, which took place between 1550 and 1551, likewise, an analysis will be made regarding the Spanish text written by Palacios Rubios in 1512 in the context of the Law of Burgos. Convention 157 and 169 of the

* Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Especialista en Derecho e interculturalidad. Traductor e intérprete en lenguas indígenas.
Email: einernarvaez12@gmail.com.pe

International Labor Organization will be described. In this framework, we will land on the implementation of a specific case on the application of prior consultation in Peru, to see how they have been applied. And finally we conclude with the analysis of the sentence issued by the Constitutional Court of Peru.

Keywords: *Prior consultation, History, Bicentennial of Peru.*

1. Introducción

Para adentrarnos en el estudio de alguna institución jurídica, es importante remontarse en la historia. Para tal efecto, se propone realizar un recuento histórico respecto del origen, y de cómo fue surgiendo el derecho a la consulta previa hasta la actualidad. En ese marco, se han elaborado sendas investigaciones sobre el derecho a la consulta previa a partir de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, puesto que, los pueblos indígenas en el mundo se han ido apropiando de dicho instrumento jurídico. Más, no existen investigaciones con respecto al origen de dicha institución.

Algunas interrogantes en relación con el tema se centran en identificar la evolución del derecho a la consulta previa a través de la historia, y realizar un análisis sobre su eficacia, y entender sobre la paradoja de la inclusión/exclusión y el llamado neocolonialismo tal y como refiere (Merino, 2015).

En ese sentido es importante precisar que el presente trabajo de investigación se centra en identificar la génesis de la consulta previa en la historia y comprender el verdadero propósito de la misma.

2. El requerimiento en la colonia

Como refiere (Castro, 2021), al regresar Colón a España después de su primer viaje, con la buena nueva del descubrimiento, los Reyes Católicos, Don Fernando y Doña Isabel, los más poderosos monarcas de su tiempo, se dan a la tarea de ganarse la voluntad del Papa y la autorización moral de la Santa Sede, a efecto de apoderarse de los territorios descubiertos por el Almirante y así, de esta manera, vencer los escrúpulos de conciencia de semejante conducta.

Para tal efecto, el monarca don Fernando el Católico, ordena a su colaborador, Juan López de Palacios Rubio, uno de los juristas más resaltantes de España del siglo XVI, la redacción del famoso Requerimiento, instrumento jurídico que debía leerse a los indios de América, antes de declararles la guerra. En ese marco, el Papa Alejandro VI, expide una bula el 4 de mayo de 1493 por medio de la cual concede a los Reyes Católicos el pleno y legítimo derecho sobre los territorios descubiertos por Colón.

El Papa dona a España todas las islas y tierras firmes halladas y que se hallaran descubiertas, y que se descubrieron hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y componiendo una línea del Polo Ártico, que es el Septentrión, al Polo Antártico, que es el Mediodía, ora se hallan hallado islas y tierras firmes, ora se hallan de hallar hacia la India o hacia el Occidente y Mediodía, así que todas sus islas y tierras firmes halladas y que se hallaren descubiertas y que se descubrieren, desde la dicha línea hacia el Occidente y Mediodía, que por otro Rey o Príncipe Cristiano no fueren actualmente poseídas hasta el día del Nacimiento de nuestro Señor Jesucristo próximo pasado, del cual comienza el año presente de mil cuatrocientos noventa y tres, cuando fueron por vuestros mensajeros y Capitanes halladas algu-

nas de las dichas islas por la autoridad del Omnipotente Dios, a Nos en S. Pedro concedida, y del Vicariato de Jesucristo, que ejercemos en las tierras, con todos los señores delas, ciudades, fuerza, lugares, villas, derechos, jurisdicciones y todas sus pertenencias... las damos, concedemos y asignamos perpetuamente...¹

El Requerimiento fue un instrumento jurídico importante para concretizar la invasión española en América; el documento que a continuación se muestra, fue elaborado por el Jurista español Palacios Rubios y fue utilizado en sus inicios por Pedrarias Dávila, en la expedición que realiza hacia el continente americano, cabe destacar que el referido documento ofrece ligeras variaciones”, con respecto al original que se conserva en el Archivo de Indias en Sevilla. Es el siguiente:

“Notificación y Requerimiento que se ha de hacer a los moradores de las islas e Tierra Firme del mar Océano que aún no estaban sujetos a nuestro señor.

De parte del muy alto e muy poderoso y muy católico defensor dela Iglesia, siempre vencedor y nunca vencido, el gran Rey don Hernando el Quinto de las Españas, de las dos Sicilias, de Jerusalén y de las islas e tierra firme del mar Océano, etc., domador de las gentes bárbaras, y dela muy alta e muy poderosa señora la Reina Juana, su muy cara e muy amada hija, nuestros señores. Yo, Pedrarias Dávila, su criado, mensajero y capitán, vos notifico y hago saber cómo mejor puedo, que Dios nuestro Señor, uno y eterno, crio el cielo y la tierra y un hombre y una mujer, de quien nosotros y vosotros y todos los hombres del mundo fueron y son descendientes y procreados, y todos los que después de vosotros vinieren; más por la muchedumbre de la generación que esto ha sucedido, desde cinco mil y más años que el mundo fue criado, fue necesario que los unos hombres fuesen por una parte, y otros por otra y se dividiesen por muchos reinos y provincias, que en una sola no se podrían sostener ni conservar.

De todas estas gentes Dios nuestro Señor dio cargo a uno que fue llamado San Pedro, para que de todos los hombres del mundo fuese señor y superior, a quien todos obedeciesen y fuese cabeza de todo el linaje humano donde quiera que los hombres viviesen y estuviesen y en cualquier ley, secta o creencia, y dio le a todo el mundo por su reino, señorío y jurisdicción

Y como quiera que le mandó pusiese su silla en Roma, como en lugar más aparejado para regir el mundo, más también le permitió que pudiese estar y poner su silla en cualquier otra parte del mundo, y juzgar y gobernar a todas las gentes, cristianos, moros, judíos gentiles, y de cualquier otra secta o creencia que fuesen.

A este llamaron Papa, que quiere decir admirable, mayor padre, y guardador, porque es padre y gobernador de todos los hombres.

(1) (La bula de Alejandro VI la publica Solórzano de Pereira en su obra Política Indiana. Libro, Cap.10)

A este San Pedro obedecieron y tomaron por Señor, rey superior del universo los que en aquel tiempo vivían, y así mismo todos los otros que después del fueron a pontificado elegidos; así sea continuado hasta ágora y se continuará hasta que el mundo se acabe.

Uno de los Pontífices pasados que en lugar de este sucedió en aquella silla e dignidad que he dicho, como señor del mundo, hizo donación de estas islas e tierra firme del mar Océano a los dichos Rey e Reina y a sus sucesores en estos reinos, nuestros señores, con todo lo que en ella hay, segundo se contiene en ciertas escripturas que sobre ello pasaron, segundo dicho es, que podéis ver si quisieras; así, que Sus Altezas son reyes y señores de estas islas e tierra firme, por virtud de la dicha donación, y como a tales reyes y señores, algunas islas más y casi todas a quien esto ha sido notificado han recibido a Sus Altezas y les han obedecido y servido y sin ninguna resistencia, luego sin dilación, como fueron informados de lo suso dicho, obedecieron y recibieron los varones religiosos que Sus Altezas les enviaban para que les predicasen y enseñasen nuestra santa fe, y en todos ellos de su libre agradable voluntad, sin premia ni condición alguna, se tornaron cristianos, y lo son, y Sus Altezas los recibieron alegremente y benignamente, y ansy los mandó tratar como a los otros sus súbditos y vasallos, y vosotros soys tenidos y obligados a hacer lo mismo.

Por ende, como mejor puedo vos ruego y requiero que entendays bien esto que os he dicho, y tomeys para entenderlo y deliberar sobre ello el tiempo que fuese justo, y reconocais a la Iglesia por señora superiora del universo mundo, y al sumo Pontífice, llamado Papa, en su nombre, y al Rey y a la Reina nuestros señores en su lugar, como a superiores señores y reyes de estas islas y tierra firme, por virtud de la dicha donación, y consistáis y deis lugar que estos padres religiosos vos declaren y prediquen lo susodicho.

Si ansy lo hicierdes, haréis bien, y aquellos a que sois tenidos y obligados, y sus Altezas, y yo en su nombre, vos recibirán con todo amor y caridad, y vos dejarán vuestras mujeres, hijos y haciendas libres sin servidumbre, para que de ellos y de vosotros hagáis libremente todo lo que quierdes o por bien tuvierdes, y no vos compelerán a que vos tornés cristianos, salvo si vosotros, informados de la verdad, os quisierdes convertir a nuestra santa fe católica, como lo han hecho casi todos los vecinos de las otras islas, y allende desto, Su Alteza vos dará muchos privilegios y exenciones, y vos dará muchas mercedes.

Si no lo hizierdes, o en ello dilación maliciosamente pusierdes, certifico que con el ayuda de Dios yo entraré poderosamente contra vosotros y vos haré guerra por todas las partes y maneras que yo pudiere, y vos sujetaré al yugo y obediencia de la Iglesia y de Sus Altezas, y tomaré vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos, y como tales los venderé y dispondré dellos como sus Altezas mandaren, y vos tomaré vuestros bienes, y vos haré todos los males y daños que pudiera, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir

a su señor y le resisten y contradicen; y protesto que las muertes y daños que dello se recibieren, sean a vuestra culpa, y no de su Alteza, ni mía, ni destes caballeros que conmigo vinieron; y de cómo lo digo y requiero pido al presente escribano que me lo dé por testimonio sinado, ya los presentes ruego que dellos sean testigos.

Firmada por el Obispo de Palencia y del Obispo Fray Hernando e de los del Consejo e frailes dominico.”

El precitado documento colonial, es semejante a las actuales normas internacionales (Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de Pueblos Indígenas, y la actual Ley de Consulta Previa en el Perú), puesto que, por un lado abanderan los derechos colectivos en su contenido, reconocen el derecho de los Pueblos indígenas a ser consultados ante actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en sus territorios, sin embargo, al momento de decidir respecto de una medida legislativa o administrativa que los afecte positiva o negativamente, los pueblos indígenas no tienen derecho a veto, en tal sentido, la decisión final le corresponde al Estado. Como en tiempos de la colonia, quien finalmente decidirá respecto del emprendimiento de una hazaña, son los colonizadores. En ese marco, (Latorre, 2005), refiere que la consulta previa es un maquillaje democrático con el que los estados signatarios del Convenio permiten que los pueblos indígenas se pronuncien sin tener que renunciar a su prioridad económica que es seguir promoviendo la inversión privada, actividades extractivas entre otros a costa del sufrimiento de los pueblos indígenas. En consecuencia, hay una asimetría de poder al momento de decidir.

3. El debate de Valladolid

Esta discusión tuvo lugar entre 1550 y 1551 en España. Fue un evento que convocó a juristas y teólogos de aquel entonces para debatir si los originarios americanos eran humanos o no. Esta histórica disputa se da entre Juan Ginés de Sepulveda, y Fray Bartolomé de las Casas. Cabe advertir que, Sepulveda expone sus teorías sobre la conveniencia del dominio de los españoles sobre los indígenas, a quienes además concibe como inferiores y sin espíritu. Así mismo, planteaba el derecho de tutela de los indios, puesto que los nativos americanos no tenían capacidad para obrar y eran semejantes a las mujeres y niños en pensamiento, por tanto, se les debía reducir a servidumbre y esclavitud; así mismo hacer la guerra justa para predicar la fe; entre otros. Por otro lado, Bartolomé de las Casas, demostró la racionalidad de los indios a través de su civilización: la arquitectura de los aztecas, su organización, de igual forma, no encontró en las costumbres de los amerindios una mayor crueldad que la que pudiera encontrarse en las civilizaciones del Viejo Mundo o en el pasado de España.

Como advierte (Ochoa, 2014), en esta importante disputa las posturas van desde el reconocimiento a su posible humanidad hasta la afirmación de su animalidad o barbarie, y desde allí debaten: sobre: a) la legitimidad de la conquista; b) los métodos

utilizados por los peninsulares (es decir, la justeza de la guerra, que como contraparte tiene el planteamiento de la evangelización pacífica); y c) el reconocimiento, o no, de las estructuras despóticas de la organización política y social en las colonias americanas (las encomiendas, los repartimientos y los gobiernos impuestos desde España), las cuales resultan válidas desde la particular posición que abraza cada autor. En esa misma línea, (Zaffaroni, 2022) manifiesta que los colonizadores excusaron sus barbaridades relatándolas desde una posición eurocéntrica, proyectando imágenes de salvajismo sobre los pueblos colonizados.

A la luz de este debate histórico, se advierte que los españoles llegaron a América con ideas preconcebidas bastante limitadas, así pues, (Bartra, 2011) en su libro el Mito del Salvaje expresa que la mentalidad europea de aquel entonces se sume en una terrible condición salvaje. Con el invocado debate, se puso a los habitantes de América en condición de niños, con pensamiento limitado, sin capacidad de administrar sus territorios, por ende, se les quito el derecho a la libre determinación, autodeterminación, quiere decir, que los pueblos amerindios no podían decidir mas sobre los destinos de sus territorios ancestrales. En efecto, para legitimar tal acontecimiento se formularon leyes que legalizaron la cultura criminal de Europa.

En el contexto actual, pese a estar reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como un derecho que permite que puedan decidir sobre los destinos de sus territorios, en la practica no se da, dado que, queda en manos del Estado sobre la decisión final respecto de actividades y proyectos que contravengan y pongan en peligro su existencia.

4. Convenios 157 y 169 de la OIT

El Convenio 157 de la OIT, fue adoptado, en fecha veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y siete. El citado Convenio, en su preámbulo expresa que, existen poblaciones indígenas que aún no se encuentran integradas a la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población. Así mismo, el artículo 2 de dicho cuerpo normativo promueve la integración progresiva de los pueblos indígenas en la vida de sus respectivos países.

El artículo 1 del citado convenio contempla que, dicho instrumento normativo se aplica a los pueblos indígenas que tengan una etapa menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional. En consecuencia, como refiere Ramón Grosfoguel, se deduce que en el referido convenio esta intrínseco un “patrón de poder que se inaugura con la expansión colonial europea a partir de 1492 y donde la idea de raza y la jerarquía etno-racial global atraviesa todas las relaciones sociales existentes tales como la sexualidad, género, conocimiento, clase, división internacional del trabajo, epistemología, espiritualidad” (Montes Montoya & Busso, 2007). Por estas razones y sobre todo por su sentido asimilacionista fue bastante cuestionado en su momento. Hecho que motivo para adoptarse un nuevo convenio.

El Convenio 169 de la OIT, se aprobó el 7 de junio de 1989 en la Conferencia Internacional del Trabajo congregada en Ginebra en su septuagésima sexta reunión. A diferencia del primer Convenio, este último presenta grandes avances en el reconocimiento de múltiples derechos colectivos a los pueblos indígenas.

Tal y como expone el preámbulo del Convenio 169, este descansa sobre dos pilares fundamentales, una es la libre determinación como un derecho colectivo, que les permita a los pueblos indígenas a controlar sus instituciones formas de vida, su desarrollo, a preservar su cultura, identidad, lenguas; y el otro pilar es a participar de manera efectiva en las decisiones que los Estados vayan a implementar con políticas públicas en territorios indígenas. En ese orden de ideas, "puede parecer que el Convenio 169 se basa nada más que en las postergaciones históricas de los pueblos indígenas, pero hay una razón que consideramos ha sido aún más poderosa, aunque relacionada con ella: reconocimiento a la diversidad cultural. En efecto, solo por el Convenio 169, y en particular de la consulta previa que se constituye como su núcleo, será posible preservar tal diversidad, cuestión que irá más allá de una eventual equiparación política o económica" (López & Mohr, 2014).

En ese marco, como se manifestó en la parte primera del presente artículo, el Convenio 169 de la OIT, no hace referencia con respecto al desacuerdo de los pueblos indígenas y sus consecuencias cuando vayan a ser consultados sobre medidas administrativas y legislativas que los afecte directa o indirectamente en su territorio. En ese tenor, en el citado instrumento jurídico internacional el derecho a veto como figura jurídica es inexistente; pues en el supuesto de que durante el proceso de consulta previa no se logre un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, corresponde al Estado finalmente tomar la decisión. Entonces, del análisis se advierte que la consulta previa es una institución jurídica semejante al requerimiento como en tiempos de la colonia.

5. Ley de Consulta previa y su reglamento en el Perú

Cabe destacar que, el Convenio 169 de la OIT, entra en vigor a partir de 2 de febrero de 1995, en consecuencia, el derecho a la consulta previa, sin embargo, por cuestiones políticas no se ha venido aplicando, sino después del Baguazo (6 de junio de 2009), donde pueblos indígenas y policías del Estado tuvieron enfrentamientos en la Curva del Diablo, en el departamento de Amazonas, producto de ese encuentro fallecieron más de 30 personas entre indígenas y policías. Los pueblos indígenas demandaban a que se derogue una serie de leyes ambientales que vulneraban sus derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, entre ellos el derecho a que se les consulte de manera libre, previa e informada sobre las normas que el Estado promovía en su territorio.

En el gobierno de Ollanta Humala, en 2011 entra en vigor la Ley de Consulta Previa en el Perú. La precitada ley, en su momento fue bastante cuestionada por las organizaciones indígenas del Perú, debido a que esta vulnera muchos derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, el (Pacto de Unidad, 2012) que involucra a varias organizaciones indígenas del Perú, cuestiona a la referida ley,

específicamente a los artículos 1, 2, 7, 15, 19, y la segunda disposición final, en los siguientes términos: el artículo 1 indica que solo se consultaran las afectaciones directas, cuando debería expresar que se consultara toda afectación, del mismo modo, estipula que se deberá tomar fuente internacional al Convenio 169, cuando debería indicar que se tomara en cuenta como fuente internacional la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUPI) y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De igual forma, el artículo 2 solo refiere que se protegerá los derechos colectivos mas no así los derechos individuales. Asimismo, el artículo 7 fue uno de los más cuestionados, debido a que establece nuevos requisitos a los ya expresados en el Convenio 169 para ser consideradas indígenas. El artículo 15 vulnera el artículo 16.2 del Convenio 169, debido a que no regula el consentimiento como requisito para la implementación de determinadas medidas que vayan a poner en riesgo la supervivencia de los pueblos indígenas, tales como: realización de megaproyectos, depósitos de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales. El artículo 19 hace referencia a Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo Respecto a los procesos de consulta, en este caso, los organismos del Estado (Viceministerio de Interculturalidad, Ministerio de Energía y Minas, entre otros), no deberían ser juez y parte. Finalmente, la segunda disposición final dispone que sigan activas todas las medidas administrativas y legislativas anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Consulta Previa; como sabemos, El Convenio 169 de la OIT, estuvo vigente desde febrero del 95, por ende, el Gobierno Peruano tenía la obligación de consultar a los pueblos indígenas desde aquel entonces.

El reglamento de la Ley de Consulta Previa en el Perú, entra en vigencia a partir del dos de abril de 2012. Dicho instrumento normativo también vulnera derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169. De acuerdo con (La Rosa & Ruiz, 2012), plantean la inconstitucionalidad de los siguientes artículos del referido reglamento:

- Inconstitucionalidad del artículo 2 del Decreto Supremo 001-2012-MC (no del Reglamento) pues convalida la omisión de consulta de los actos anteriores a la ley de consulta y posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 en el año 1995
- Inconstitucionalidad de la 15va Disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley de consulta pues establece que no se consultan las obras públicas. Al respecto, el 14 de enero de 2021, la Sala de derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Perú emitió una sentencia histórica, donde anula la 15va disposición. Esta sentencia corrige dicha disposición que dio pie a que el Gobierno inicialmente se negara a realizar la consulta previa en casos como la Hidrobia Amazónica, carreteras y otros proyectos de servicios públicos.
- Inconstitucionalidad de la 7ma Disposición complementaria, transitoria y final del reglamento por reconocer parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento. En esa misma línea, inconstitucionalidad del artículo 23.3 del reglamento por reconocer parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento.
- Inconstitucionalidad del artículo 15 del reglamento por excluir a los pueblos indígenas en la etapa de los acuerdos preparatorios previos al proceso de consulta.

- Inconstitucionalidad del artículo 7.2 del Reglamento por excluir a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales.
- Inconstitucionalidad del Reglamento por omitir reconocer el carácter vinculante de las reglas vinculantes contenidas en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TC que han desarrollado de los pueblos indígenas y que son vinculantes.
- Inconstitucionalidad del artículo 24 del Reglamento por viola el principio del plazo razonable de los procesos de consulta.
- Inconstitucionalidad de los artículos 3.i y 6 del Reglamento por establecer que la consulta se realizará antes de la exploración y no antes de la concesión violando principio de oportunidad según el cual la consulta deben hacerse antes de la decisión que afecta a los pueblos indígenas.
- Inconstitucionalidad del artículo 2.3 del reglamento que establece un poder de veto en el Viceministerio por invasión de competencias de los gobiernos subnacionales por el Poder Ejecutivo.
- Inconstitucionalidad del reglamento por omitir reconocer el derecho a recurrir a la justicia constitucional para la protección de sus derechos.
- Inconstitucionalidad del reglamento por omitir reconocer la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales.

6. Consulta Previa para el Caso: Proyecto minero Anama

“Para ser consistente con el derecho interamericano de los derechos humanos, la consulta con los pueblos indígenas debe cumplir ciertos requisitos: debe ser previa, culturalmente adecuada, informada, libre, y debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo” (Blanco Vizarrata, 2013).

Con respecto al principio de oportunidad, en el caso del Proyecto Minero Anama, esta empezó a operar el año 2014 en la comunidad campesina de Huaquirca. Tal y como indica en las normas internacionales, el proceso de consulta previa debió realizarse, antes de otorgar la concesión, o autorización de exploración, considerando que la consulta previa debe realizarse antes del primer acto administrativo que afecte al pueblo campesino de Huaquirca.

En consecuencia, como ha indicado la CIDH, a través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión hasta su ejecución y evaluación. (Comision Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), párr. 248). Todo ello, a fin de que los pueblos indígenas puedan efectivamente participar e influir en el proceso de toma de decisiones.

La OIT a través del Convenio 169, ha establecido que la consulta que los Estados deben llevar a cabo en las comunidades debe ser previa a cualquier acto que decidan

emprender. Esto significa, como decía Hernán Coronado “que las comunidades afectadas deban participar antes, durante y después del acto administrativo que les vaya afectar” (Narvaez 2021).

Ahora bien, en el caso del Proyecto Minero Anama, en primer lugar, hubo omisión del proceso de consulta previa. En segundo lugar, la empresa minera solicita el 11 de julio de 2015 al Ministerio de Energía y Minas la autorización del inicio de actividades de exploración, todo esto para la ampliación de la actividad que actualmente viene realizando. Anterior a esta solicitud, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros aprobó la modificación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del proyecto de exploración minera Anama presentado por Anabi. Por lo que, el Ministerio de Energía y Minas emite la Resolución Directoral N° ...-2016-MEM-DGM para autorizar el inicio de actividades mineras de exploración de la primera etapa del Proyecto Anama.

De lo indicado, se puede advertir que, todos los actos administrativos se realizan entre el Estado y la empresa minera Anabi, excluyendo por completo al pueblo originario de Huaquirca, por lo que, la comunidad se vería afectada, al no participar y al no haber sido informado previamente a través de sus autoridades en el proceso de las actividades de exploración.

A los comuneros de Huaquirca, cuando se les preguntó respecto del proceso de Consulta previa, indicaban que, *“la empresa minera nos ha consultado en asamblea para iniciar la ampliación del Proyecto Minero Anama, también el Estado ha venido a consultarnos en asamblea, pero, no nos ha informado sobre el significado real de nuestros derechos,”* a lo que se puede añadir una parte de la entrevista al presidente de la comunidad Lino Pumacayo, *“si preguntas a hora mismo sobre el proceso de consulta previa y los derechos que les asiste a la comunidad, estoy seguro que todos desconocen, no están informados, entonces como yo puedo llevar un proceso de consulta previa si mi comunidad desconoce sobre estos temas”.*

De lo manifestado por los comuneros, se puede percibir que, el proceso de consulta previa según los estándares internacionales no se está cumpliendo en la Comunidad de Huaquirca, todo se confunde con la participación ciudadana. Recordemos que los pueblos indígenas son sociedades originarias preexistentes a la instauración del Estado republicano, siendo que su existencia precede a la colonización. A partir de este hecho histórico, la comunidad internacional ha reconocido que dichos pueblos difieren de otros colectivos y por lo tanto tienen derechos particulares, como el derecho a la libre determinación, reconocido en la DNUPI y ejercido en el marco del respeto del principio de la integridad territorial del Estado y su carácter unitario, conforme estipula el artículo 46 de la DNUPI y el artículo 3.1 del Convenio 169. “En virtud a ello, los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa, libre e informada, y a participar en el diseño de políticas públicas, medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole, y no únicamente a aquellos mecanismos generales de participación ciudadana” (Blanco, 2013).

Con respecto al principio de buena fe, la CIDH, ha establecido que dicho requisito es “incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales” (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, párr. 186). En el caso Anama, de la información recabada, se puede advertir que se han producido eventos de este tipo, todo ello en el afán de la empresa de ganar la aceptación de la comunidad. Así por ejemplo, tenemos a continuación la declaración de varios comuneros: *“En la comunidad todo ha ido cambiando desde el ingreso de la minería, hemos tenido varios conflictos sociales con la comunidad de Sabayno, la empresa minera ha ingresado con promesas que ha ido incumpliendo, la empresa cuenta con programas asistencialistas que modifican nuestras formas propias de vida en la comunidad, en navidad por ejemplo obsequia canastas navideñas a todos los comuneros, a los cargantes de la huaylia les asiste con bebidas alcohólicas y otros insumos para ganarse la aceptación de la población; los comuneros que están laborando en la empresa minera con los que nos están laborando se enfrentan por las desigualdades, todo ello ha ido generando desigualdades, por lo que se ha ido desvirtuando nuestra naturaleza y generando conflictos entre comuneros y otras comunidades como Sabayno y Yanacollpa; la minería nos está dividiendo.”*

De otro lado, en palabras de James Anaya, cuando dice que, “ninguna consideración acerca de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional sería completa sin una consideración del principio de autodeterminación” (Anaya, 2005), de ello, se deduce que la libre determinación como derecho de los pueblos indígenas es la columna vertebral que rige al resto de derechos. En el caso concreto de Huaquirca, se está violando este derecho fundamental, considerado por James Anaya como el derecho que rige la esencia misma del resto de derechos.

Así mismo, de la lectura del Convenio 169 de la OIT se deduce que la consulta previa y la participación constituyen la piedra angular” (Organización Internacional del Trabajo, 2013) del resto derechos colectivos que les asiste a los pueblos indígenas. Al respecto, en el caso Anama, sobre el proceso de consulta previa que se realizó, se le prohibió de estos derechos a la comunidad, ya que, desde un principio, para la elaboración del plan de consulta no interviene la comunidad, sino, unos cuantos directivos conjuntamente con los representantes del MINEM; más adelante cuando se pasa a las siguientes etapas, en particular a la quinta y sexta etapa, se le prohíbe a la comunidad a participar.

En la quinta etapa del proceso de consulta previa, donde a la comunidad le corresponde realizar la evaluación interna para presentar modificaciones o propuestas, pero, que, la comunidad desiste aparentemente de esta etapa, los representantes designados para participar de este proceso no realizan este trabajo. En la sexta etapa les correspondía a los representantes de la comunidad a dialogar con el MINEM sobre los aspectos y las propuestas; una vez más, abandonan extrañamente el proceso, no asis-

ten a la reunión programada para esta etapa. Ahora bien, según el literal 5 del artículo 19 del Reglamento de la ley de Consulta previa, expresa claramente lo siguiente: “En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.” (Decreto Supremo N° 001-2012-MC, 2012). Actualmente, de la página virtual del Ministerio de Cultura se verifica que el proceso de consulta previa sobre Anama se encuentra en la etapa final, habiendo los representantes designados por la comunidad desistido a la quinta y sexta etapa, por tanto, se deduce que estratégicamente la comunidad en su mayoría no participó de este proceso, para que finalmente el Estado pasara a tomar una decisión a costa del desconocimiento de la mayoría de la población sobre la implicancia de este derecho y no habiendo cumplido con los estándares internacionales que exige su implementación, en consecuencia el MINEM y la empresa minera haciendo uso de la astucia jurídica para finalmente pasar a una etapa de decisión. De ello podemos deducir que el reglamento de la Ley de Consulta Previa vulnera el fin que persigue el Convenio 169 de la OIT, y por ende lo sucedido en Huaquirca en palabras de Cletus Barié, se sintetiza de la siguiente manera: “Entre los elementos que pueden invalidar o desvirtuar cualquier reglamento indigenista cabe mencionar la falta de mecanismos básicos del ejercicio ciudadano, leyes o estipulaciones que destruyen uno de los fundamentos del derecho indígena como la tierra comunal, bajo un pretexto de “liberación del indígena”, y la falta de una verdadera voluntad política de hacer efectiva una Constitución que ofrece garantías importantes a sus minorías. Ocasionalmente también encontraremos artículos constitucionales diseñados con “mala fe”, elaborados con la intención de simular frente a la opinión pública una protección de las minorías que no tiene anclajes legales” (Barié, 2003).

En la presente investigación se verificó que no existe documento alguno redactado en el idioma originario de la Comunidad de Huaquirca, por lo que, no se cumple con el principio de lo culturalmente adecuado, es más, en la etapa de publicidad, los afiches son estratégicamente pegados en la puerta de la municipalidad, están en castellano, los y las comuneras no frecuentan ir a la Municipalidad. Las convocatorias a las etapas de dicho proceso se hacen en castellano y dichas convocatorias jamás se hicieron por la radio comunal “Qorichecche”, cabe indicar que dicha radio tiene buena cobertura a nivel de la Comunidad de Huaquirca.

7. Sentencia N° 03066-2019-PA/TC

En enero de 2022, el Tribunal Constitucional Peruano, emite sentencia sobre demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), interpuesta por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara. En dicha demanda, las comunidades solicitan se declare nulo las concesiones otorgadas en favor de la empresa Cemento Sur, dado que, la mencionada concesión se superpone al territorio de las comunidades, además, por no haberse respetado el derecho a la consulta previa y demás derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En la demanda las comunidades alegan “tienen una estrecha relación con la tierra. No se trata de una relación de posesión y producción, sino como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” (Comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, 2022).

En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional desconoce el carácter de derecho fundamental a la Consulta Previa, por tanto, priva la defensa y respeto de muchos derechos colectivos reconocidos en instrumentos internacionales, puesto que la consulta previa como derecho es considerado la columna vertebral de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT.

En resumen, los magistrados de la Sala 2 del Tribunal Constitucional, a través de la STC N.º 03066-2019-PA/TC, fallan contra el derecho a la consulta previa en los siguientes términos: i) el derecho a la consulta previa no está en la Constitución, ii) el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental, iii) el derecho a la consulta no tiene rango constitucional, y iv) el derecho a la consulta previa no puede ser protegido a través del amparo. Estas consideraciones se dan pese a que el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia STC N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC reconoce que el rango constitucional de un tratado implica que sus derechos se incorporan al ordenamiento constitucional y que estos constituyen un parámetro de validez material de todas las decisiones del Estado.

8. Conclusiones

Si bien la consulta previa como derecho colectivo es reconocida en instrumentos internacionales y abanderada por instituciones nacionales e internacionales, esta herramienta jurídica sutil diplomática tiene como propósito legitimar el extractivismo en territorio de pueblos indígenas. La consulta previa es una mentira que promueven no solo los Gobiernos y empresas extractivistas, sino también ONGs, que basan sus ingresos económicos en promover una mentira que atropellan derechos colectivos.

Consulta previa sin reconocimiento del derecho al consentimiento, sin derecho a veto es pura representación teatral, fingimiento para esconder el verdadero propósito. Un proceso de Consulta previa sin debatir en simetría de poder (entre pueblos indígenas y Estado), sobre los impactos ambientales, sociales y culturales, económicos

y espirituales es una agresión a la vida. Consulta previa sin pago de beneficios económicos, ni indemnizaciones a las comunidades, es un robo diplomático e inteligente.

La consulta previa como institución jurídica es semejante al instrumento jurídico colonial del requerimiento. Dado que, el gobierno a través de sus entidades representativas es el encargado de informar a los pueblos indígenas respecto de la afectación de alguna medida administrativa o legislativa que ponga en riesgo su subsistencia, para finalmente actuar como juez y parte en la decisión final en atención al proceso de consulta. Así pues, el requerimiento tuvo un propósito semejante en tiempos de la colonia; en ese orden de ideas, se les informaba a los pueblos indígenas que los españoles venían en nombre de un Dios soberano para administrar los territorios de dichos pueblos ancestrales, para esclavizar a sus dueños legítimos a través del trabajo, además de inculcarles la fe cristiana; estén o no de acuerdo con dicha información, quienes finalmente decidían eran los colonizadores.

Como advierte (Sierra, 2017), “la consulta previa lejos de proteger los derechos de los pueblos y comunidades, ha redundado en su afectación y en el detrimento de estos grupos”. En consecuencia, la consulta previa como derecho colectivo sigue un modelo colonial que busca legitimar la afectación del territorio y la misma vida y existencia de los pueblos originarios.

Referencias

ANAYA, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.

BARIÉ, C. G. (2003). *Los Derechos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama. Segunda edición*. Ecuador: Abya Yala.

BARTRA, R. (2011). *El mito del salvaje*. Mexico: FCE.

BLANCO VIZARRETA, C. (2013). *El Proyecto Conga desde los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Serie C N° 245 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de junio de 2012).

CASTRO VEGA, O. (2021). Justificación de la conquista de América: El “Requerimiento”. *Acta Académica*. Recuperado el 30 de marzo de 2022, de <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/1200>

Comision Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (s.f.). Acceso a la justicia e inclusión social: *El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/583ee1ee4.html>

Comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, 03066-2019-PA/TC (Tribunal

Constitucional 22 de enero de 2022).

Decreto Supremo N° 001-2012-MC. (2012). Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

LA ROSA CALLE, J., & RUIZ MOLLEDA, J. (2012). *Servindi*. Obtenido de <https://www.servindi.org/actualidad/70538>

LATORRE TOMÁS, S. (2005). ¿El instrumento de la consulta previa una herramienta a favor de qué y de quién? *Ecología Política*(30), 119-120. Obtenido de <file:///C:/Users/Einer/Downloads/Dialnet-ElInstrumentoDeLaConsultaPrevia-1421021.pdf>

LÓPEZ VYHMEISTER, R., & MOHR AROS, T. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVII(1), 105-126. Recuperado el 2022 de abril de 08, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173731866005>

MERINO, R. (2015). Coloniality and Indigenous Territorial Rights in the Peruvian Amazon: A Critique of the Prior Consultation Law. *Development and Wellbeing Centre for Development Studies*. Recuperado el 21 de 03 de 2022, de <http://www.bath.ac.uk/cds/publications/bpd38.pdf>

MONTES MONTOYA, A., & BUSSO, H. (2007). Entrevista a Ramón Grosfoguel. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*(18), 0. Recuperado el 2022 de abril de 08, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30501804>

NARVAEZ LOPEZ, C. E. (2021). *Derecho a la consulta previa en la comunidad campesina de Huaquirca: Caso Proyecto Minero Anama. Cusco*.

OCHOA MUÑOZ, K. (2014). El debate sobre las y los amerindios: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización. *El Cotidiano*, 13-22. Recuperado el 31 de marzo de 2022, de <https://www.redalyc.org/pdf/325/32530724005.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*. Lima.

Pacto de Unidad. (marzo de 2012). *Servindi*. Obtenido de <https://www.servindi.org/actualidad/60457>

SIERRA CAMARGO, J. (2017). La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombia. *Revista derecho del Estado*, 136-189. doi:<https://doi.org/10.18601/01229893.n39.07>.

ZAFFARONI, E. R. (2022). *Colonialismo y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Taurus.