



El derecho a la consulta previa y la pandemia del Covid-19

The right to prior consultation and the Covid-19 pandemic

Renzo Díaz Giunta^[*]
Rubiela Gaspar Clavo^[**]

Resumen: En el presente artículo, el autor y la autora desarrollan el contenido constitucionalmente protegido y los alcances del derecho constitucional a la consulta previa en el Perú, y explican el tratamiento que este derecho recibe en el Perú. Además, desde una óptica constitucional, analizan el impacto de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19 en el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios.

Palabras clave: Derecho a la consulta previa, Derechos Humanos, pandemia, COVID-19, pueblos indígenas.

[*] Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Practicante preprofesional en el Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de la International Association of Constitutional Law (Suecia). Subdirector Regional de Lima Metropolitana y Director Distrital de San Borja en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM). Embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education (PRME) de las Naciones Unidas. Asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) en Italia. Ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Ha sido Director General del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2021). Representó al Perú en la XXXVII Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH). ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7527-2279> Contacto: renzod128@gmail.com

[**] Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante preprofesional en el Tribunal Constitucional del Perú. Asistente de docencia del Curso Derechos Humanos y exasistente de los cursos de Argumentación Jurídica y Filosofía del Derecho en la PUCP. Miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional, y de la Asociación Perspectiva Constitucional. Integrante del equipo ganador de la Competencia de Derechos Humanos «Sergio García Ramírez» (edición 2021) y del equipo semifinalista de la V Competencia de Derechos Humanos «Domingo García Belaúnde». Asociada Extraordinaria de la Asociación Civil Themis. Contacto: rubiela.gaspar@pucp.edu.pe

Abstract: In this article, the authors develop the constitutionally protected content and the scope of the constitutional right to prior consultation in Peru and explain the treatment that this right receives in Peru. In addition, from a constitutional perspective, they analyze the impact of the health crisis caused by the COVID-19 pandemic on the exercise of the right to prior consultation of indigenous and native people.

Key words: Right to prior consultation, Human Rights, pandemic, COVID-19, indigenous people.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia ocasionada por el COVID-19 ha tenido un devastador impacto en la sociedad; cuantiosa e irreparable pérdida de vidas humanas, severa crisis económica, ampliación de las brechas de desigualdad, entre otros. Además, la crisis sanitaria ha desnudado diversas realidades que las naciones ignoran o han desatendido durante mucho tiempo. Tal es el caso de los pueblos indígenas del Perú, quienes al comenzar la emergencia sanitaria e iniciar el periodo de cuarentena, fueron nuevamente olvidados por el Estado peruano.

Esta indiferencia gubernamental, si bien se agravó con la pandemia, siempre estuvo presente al no haber una clara voluntad política de parte de los diferentes gobiernos que ha tenido el Perú, quienes eran los llamados a tender puentes de diálogo y atender las necesidades básicas de los pueblos indígenas y originarios del Perú; ausencia de voluntad o interés político que se ha demostrado en la historia del Perú, en momentos claves como el «Baguazo». A partir del cual, gracias a la movilización de los pueblos indígenas, se promulgó una Ley de Consulta Previa. Así, aunque el Perú ha suscrito diversos tratados internacionales que reconocen derechos a favor de los pueblos indígenas —principalmente el Convenio 169 de la OIT—, la clase política ha sido reacia a efectivizar estas normas internacionales y adecuar las regulaciones existentes en aras de garantizar a los pueblos indígenas el verdadero ejercicio de sus derechos.

En esa línea, el Perú ha suscrito la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos In-

dígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, estas obligaciones y compromisos internacionales se han visto menoscabados por una gestión pública ineficiente, que invisibiliza a los pueblos indígenas y originarios al no implementar soluciones eficaces a sus necesidades, ni emprender políticas públicas focalizadas.

A continuación, bajo un enfoque de Derechos Humanos, en diálogo con el derecho constitucional, se realizará un análisis del derecho a la consulta previa y su aplicación en el contexto de pandemia con lo que respecta a los pueblos indígenas. Cabe destacar que, atendiendo a la limitada extensión de este artículo, no se desarrollará la situación de los pueblos indígenas en estado de aislamiento y contacto inicial, quienes reciben un tratamiento especial por estar en una situación de mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, merecen una evaluación diferenciada.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU REGULACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

Ante la imperante necesidad de brindar una adecuada protección a los derechos de los pueblos indígenas, emerge el derecho a la consulta previa y su constitucionalización en diversos ordenamientos jurídicos. Lo que caracteriza a este derecho es que posibilita la participación efectiva de los pueblos en la toma de decisiones de asuntos externos que puedan afectar el ejercicio de sus derechos.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho a la consulta previa permite que se tiendan puentes de diálogo, donde los pueblos indígenas sean informados adecuadamente y donde se busque de buena fe un acuerdo acerca de determinada medida, norma, o proyecto. En esa línea, según la destacada activista colombiana Libia Grueso (2011), «al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno, y a la cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo» (p. 17).

Asimismo, cual manto protector, este derecho posibilita que los derechos de los pueblos indígenas sean protegidos aun cuando se genere una controversia que engloba las demandas y requerimientos de sectores con mayor poder decisorio, ya sea en el ámbito público o privado. Este aspecto es trascendental, considerando que estos pueblos han sido históricamente discriminados desde la fundación del Estado-Nación y con la imposición de un régimen asimilacionista. Razón por la cual ahora se respeta su autodeterminación y se busca un diálogo intercultural que permita una especial protección a sus derechos colectivos.

Cabe resaltar que, como telón de fondo de los procesos de consulta, se tiene que los pueblos indígenas se caracterizan por una severa situación de pobreza extrema e insatisfacción de sus necesidades básicas; características que obstaculizan una vida digna. Según la Fundación para el Debido Proceso (2015), esto se refleja principalmente en la alta tasa de niños y niñas indígenas con desnutrición; el menor acceso a servicios de salud y educación sin enfoque intercultural; la reducida participación en el ámbito político y en el déficit de representación en el aparato estatal (p. 8).

Por otro lado, con respecto a las obligaciones internacionales de Derechos Humanos que mantienen los Estados en función del derecho a la consulta previa, se destaca lo siguiente:

(...) [los Estados] celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, art. 32)

Además, la importancia del derecho a la consulta radica en su interdependencia con otros derechos como el derecho a la identidad cultural. Es decir, como grupo étnico y cultural, los pueblos indígenas le dan un gran valor a la continuidad de sus costumbres y tradiciones ancestrales. Por ello, al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-891 (2002) indicó que «la consulta constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de los pueblos indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social» (f. 5).

Otro derecho con el que se relaciona estrechamente el derecho a la consulta previa es el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas. Al respecto, cabe recordar que la concepción de propiedad que manejan los pueblos indígenas difiere sustancialmente del concepto de propiedad establecido en el Código Civil peruano o del contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la propiedad, reconocido en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú.

Este es un ámbito que suele ser desconocido por varios funcionarios públicos que no se encuentran debidamente capacitados para atender a los pueblos indígenas y suelen asumir erróneamente que existe una única concepción de la propiedad (la propiedad individual), pese al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la materia (Sentencias recaídas en los expedientes N.º 04391-2011-PA/

TC; 02765-2014-PA/TC; 01931-2013-PHC/TC). Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N.º 04391-2011-PA/TC, afirmó:

La propiedad comunal existente en las comunidades campesinas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de «propiedad» sobre el que se basa el Derecho Civil, toda vez que para los comuneros la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc.; por ello hay que valorar la relación especial de los pueblos indígenas (comunidades campesinas y nativas) con sus tierras y poner de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con derechos tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión. (párr. 7)

A nivel internacional, sobre la propiedad comunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), precisó lo siguiente:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (párr. 149)

A su vez, ello va en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional

del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que afirma:

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. (Convenio 169 de la OIT, 1991, art. 14)

III. CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido ciertos requisitos que se deben cumplir durante el proceso de consulta. Los cuales son principalmente cuatro: que se realice de forma previa, que sea culturalmente adecuada, que sea informada y que se practique de buena fe. Asimismo, estos requisitos se encuentran previstos como principios rectores del derecho a la consulta en el artículo 4 de la Ley de Consulta Previa, Ley N.º 29785, bajo los nombres de oportunidad, interculturalidad, información oportuna, buena fe y ausencia de coacción o condicionamiento.

1. Previa

Conforme a la Corte IDH, el derecho a la consulta debe realizarse de manera previa, concretamente, antes de la concesión del proyecto o en las etapas iniciales. Al respecto, en el Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam (2007), se menciona que:

[...] se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera

el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. (párr.133)

En el mismo sentido, en el Caso de Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la Corte IDH repitió ese estándar internacional:

[...] el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades [...]

[...] el Estado debía haber garantizado la participación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente. (párr. 181 y 183)

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional también abordó este requisito en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, señalando:

Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. (párr. 29)

2. Culturalmente adecuada

Este requisito ha sido desarrollado también por la jurisprudencia de la Corte IDH. En los ya citados casos emblemáticos del Pueblo de Sa-

ramaka vs. Surinam (2007, párr. 130) y del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012, párr. 201), donde se afirmó que por *culturalmente adecuada* se entendía que el proceso de consulta debía realizarse conforme a las propias tradiciones de los pueblos indígenas.

Asimismo, en otros casos, como el de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015), la Corte IDH desarrolló que:

[...] el Estado debe, para efectos del presente caso, contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos (párr. 203).

En ese sentido, al realizarse un proceso de consulta, el Estado, en aras de cumplir con este requisito, debe hacerlo en la lengua o lenguas de los pueblos indígenas, con la presencia de un intérprete y respetando sus instituciones o autoridades, como podría ser un consejo de ancianos o un presidente/a legítimamente elegido.

3. Informada

Es claro que entre los pueblos indígenas y el Estado existe un desnivel informativo por el manejo de información técnica que implica la ejecución de un proyecto de construcción, minero, hidroeléctrico u otro. Atendiendo a ello, la Corte IDH en el Caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) ha indicado que:

Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. (párr. 208)

Asimismo, en la legislación nacional, este requisito se encuentra contenido en la citada Ley N.º 29784, Ley de Consulta Previa a los

pueblos indígenas u originarios (2011), en cuyo artículo 4.g, se indica como principio rector del derecho a la consulta:

Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

De esta forma, está plenamente reconocido que el proceso de consulta debe ser informado, lo cual implica una obligación para el Estado, que debe efectivizar este derecho otorgando información accesible, detallada y objetiva a los pueblos indígenas, para que ellos tomen una decisión libre respecto a la medida legislativa o administrativa que se desea implementar y que afectará sus derechos colectivos.

4. Buena fe

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (2007), el artículo 32, inciso 2, establece:

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos [...].

Es importante mencionar que este requisito, así como los ya mencionados, se debe entender en conjunto, pues están estrechamente

relacionados. De esta manera, una consulta se realizará de buena fe si es que se respetan las instituciones de los pueblos, si es que está libre de coacción y si tiene como finalidad llegar a un acuerdo^[1]. Por otro lado, será contrario a la buena fe si se trata de frustrar el proceso de consulta por medios no oficiales o si se intenta desintegrar la voluntad comunal.

Culminada la exposición de los requisitos del derecho a la consulta previa, es importante destacar que el Tribunal Constitucional del Perú, máximo órgano de interpretación constitucional y garante de los derechos fundamentales, señaló en la sentencia recaída en el Expediente N.º 022-2009-PI/TC (párr. 37) «que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta estaba conformado por i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos». Por tanto, los requisitos expuestos son reconocidos también por el Tribunal Constitucional y forman parte de las características esenciales, o como los conoce la Ley de Consulta previa, son los «principios rectores» del derecho a la consulta.

Todos estos requisitos implican que el proceso de consulta no sea un mecanismo célere, sino, por el contrario, un mecanismo detallado y riguroso que integra distintas etapas. Justamente por ello, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH respaldan que, en todo momento, se busque la participación efectiva de los pueblos indígenas. Por ello, cabe preguntarnos ¿es posible cumplir con todos estos requisitos en el marco de una emergencia sanitaria provocada por el virus del COVID-19? o ¿debería flexibilizarse este derecho?

[1] Aunque ello no siempre suceda y solo se exija el consentimiento en algunos supuestos, como cuando se implementan industrias que manipulen sustancias tóxicas, proyectos de envergadura, o en casos de traslado o desplazamiento, conforme al artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH. (Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam)

IV. CONSULTA PREVIA EN PANDEMIA

El contexto de crisis sanitaria es una oportunidad propicia para analizar y repensar los alcances del derecho a la consulta previa, ya que lo vivido en mérito de la pandemia del COVID-19 constituye una experiencia singular en la historia del ejercicio de este derecho a nivel mundial. Más aún, si es que se da una situación donde se contraponen el derecho a la salud en su dimensión colectiva con respecto a la vacunación contra el COVID-19 y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

1. ¿Es posible plantear un proceso de consulta previa durante la pandemia?

En primer lugar, antes de responder esta pregunta, cabe recordar que los Estados no pueden deslindar de sus deberes internacionales, como es el de respeto y garantía del derecho a la consulta (artículo 6, literal a, del Convenio 169 de la OIT).

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), en lo referente a la suspensión de garantías (artículo 27), sostiene:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) [...] y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De esta manera, no se podría suspender el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que, además de estar contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, se desprende del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento y expresión, y de los derechos políticos. Asimismo, se debe tomar en cuenta que, para la suspensión de derechos permitidos, como la libertad de circulación o tránsito, el Estado debe tomar las medidas necesarias, a fin de evitar que otros derechos que no pueden ser suspendidos, como los derechos políticos, se vean afectados.

En segundo lugar, si no se suspenden, la siguiente pregunta sería si se puede restringir legítimamente el derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, que la restricción procede ante un conflicto de derechos y que «el principal límite de los derechos humanos lo constituyen los derechos de los demás» (Medina y Nash, 2011, p. 15). Al respecto, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia 1112/2021, en su fundamento 8, indica lo siguiente: «Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados... la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos».

En ese sentido, es claro que una consulta previa requiere de una serie de pasos, que incluyen mesas de diálogo y reuniones con los pueblos indígenas que cumplan con los requisitos internacionales, pero, por la urgencia de la emergencia sanitaria, sería posible limitar el ejercicio del derecho a la consulta previa en la pandemia a través de un test de proporcionalidad con el derecho a la salud pública, sin que ello implique su negación o desconocimiento absoluto o lleve a los pueblos indígenas a una situación de doble vulnerabilidad.

Destaca esta alerta teniendo en cuenta las recomendaciones del Relator Especial, José Francisco Calí Tzay (2020), sobre los derechos

de los pueblos indígenas, quien se refiere a una «doble pandemia» que sufren los pueblos indígenas actualmente, puesto que «los riesgos para la salud y las restricciones para la salud y las restricciones a la libertad han agravado su lucha por proteger sus vidas, tierras y territorios de la presencia de fuerzas armadas militares o agentes empresariales» (párr. 82).

Planteada la controversia, se debe identificar y diferenciar la medida a ser consultada, pues será diferente evaluar el derecho a la consulta en los casos de proyectos extractivos o mineros que se realizan (o deberían realizarse) durante la pandemia, en comparación a los casos de consulta de medidas sanitarias en aras de salvaguardar el derecho a la salud pública, lo que incluye el derecho a la salud de los pueblos indígenas.

Por un lado, respecto a los procesos de consultas por proyectos extractivos o similares, es importante recalcar que la consulta, incluso en pandemia, debe cumplir con los requisitos señalados previamente y que estos podrán adaptarse conforme al deber de acomodado, pero sin obstaculizar la participación efectiva de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, pensar en un proceso de consulta virtual, sin tener en cuenta la dificultad del acceso a la conexión de internet y el analfabetismo digital, vulneraría el contenido del derecho a la consulta en los extremos que exige que se realice de buena fe y sea culturalmente adecuada. Justamente por ello, en abril de este año, la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) manifestaba a través de carteles su rechazo a este tipo de procesos de consulta, con el mensaje «No a la consulta previa virtual» (2021).

En esa línea, debemos resaltar lo planteado por el Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, José Francisco Calí Tzay (2020), quien menciona que, a raíz de la pandemia de Covid-19, «los pueblos indígenas se han vuelto más vulnerables a la pérdida de sus tierras. El acaparamiento legal e ilegal

de tierras está proliferando en un momento en que los pueblos indígenas se encuentran confinados e imposibilitados de vigilar sus tierras [...]» (párr. 82).

Por otro lado, respecto a los procesos de consulta relativos a medidas sanitarias donde esté en juego la salud pública, el derecho a la consulta previa deberá ponderarse con el derecho a la salud. Cabe destacar que el derecho a la salud es un derecho humano que forma parte de la categoría de derechos sociales y que su alcance va más allá de una ausencia de enfermedades, puesto que gira en torno a que toda persona pueda gozar del mayor y mejor nivel de salud posible en todo momento.

Asimismo, con respecto al derecho a la salud, Parra (2003) indica que tiene una dimensión individual relacionada con la asistencia sanitaria de cada individuo y una dimensión colectiva que contiene elementos de carácter asistencial (como el tratamiento de las enfermedades, en tanto, preocupación de salud pública), elementos de promoción y prevención y las demás intervenciones en relación con la salud pública (p. 39).

En mérito a ello, es importante mencionar lo consagrado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946):

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. (p. 1)

Además, respecto al ámbito universal de protección de los Derechos Humanos, convie-

ne tener presente lo identificado por Villanueva (2009) en su obra:

El derecho a la salud también está regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5 literal e, inciso iv), en la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 numeral 1 literal f y 12), en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24), en el artículo 25 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en el artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (p. 22)

Es importante resaltar que, cuando la doctrina, la legislación y la jurisprudencia hacen mención a la salud pública, se refieren a la dimensión colectiva del derecho a la salud que se encuentra constitucionalmente protegida y garantizada por los diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Entonces, este derecho a la salud en su dimensión colectiva no puede ser tutelado ni ejercido de forma individual, puesto que requiere el componente de la colectividad, ya sea la sociedad en general, un país, una ciudad o una comunidad de habitantes.

En el caso de la medida estatal de vacunación dirigida a los pueblos originarios e indígenas, la referencia a la salud pública gira en torno a los efectos adversos que podría tener para la sociedad en general que un sector de la población no se vacune. Debido a que la negativa a vacunarse pone en peligro por el riesgo de la propagación del virus, la salud de todas las personas, especialmente de aquellas que no se han vacunado contra otras enfermedades o tienen un sistema inmunodeficiente. Inclusive la negativa a vacunarse podría evitar la erradicación del COVID-19, puesto que el virus se mantendría latente y con posibilidad de seguir mutando.

En ese sentido, la medida sanitaria impulsada por el Estado como una medida que promueva la vacunación deberá superar los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del test de ponderación, usado por órganos de justicia nacionales, tal como el Tribunal Constitucional del Perú o internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A modo de ejemplo, pensemos en una medida estatal que promueva la vacunación y atención en salud de los pueblos indígenas; se puede afirmar que cumple el examen de idoneidad, en tanto la medida persigue un fin legítimo, que es la protección a la salud, derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 (artículos 7 y 9) y derecho humano reconocido a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme lo desarrolla la Corte IDH en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018), o en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2018).

Respecto al examen de necesidad, se podría pensar que una medida menos gravosa podría ser el uso de mascarillas, protectores faciales o los mecanismos de distanciamiento social. No obstante, estas medidas no son igualmente efectivas y en este examen se evalúa la existencia de una medida menos gravosa e igualmente efectiva. Además, cabe resaltar que, como señala el Relator Especial (2020), algunos pueblos indígenas se encuentran más expuestos a nuevas enfermedades y que históricamente la aparición de enfermedades epidémicas, como la viruela o el sarampión, han supuesto una grave afectación a su subsistencia (párr. 17).

Asimismo, la vacunación no sería obligatoria, sino que se buscaría promover esta y garantizar tal servicio para los pueblos indígenas, atendiendo a la obligación estatal de los Estados de garantizar el derecho a la salud y la vacunación, conforme lo dispone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

en su informe titulado «Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos» (2021). Por lo cual, al no existir una medida igualmente efectiva para evitar la proliferación de la pandemia y para garantizar el derecho a la salud, tanto de los pueblos indígenas como de terceros, se supera este examen.

Finalmente, en el examen de proporcionalidad, en sentido estricto, se evalúa el grado de satisfacción del derecho a la salud, que debe ser mayor al grado de afectación al derecho a la consulta. En este ejemplo, una medida dirigida a los pueblos indígenas que promueva la vacunación tiene un mayor nivel de satisfacción del derecho a la salud por las razones expuestas y tendría un nivel leve de afectación al derecho a la consulta si es que se realiza la consulta cumpliendo con ser culturalmente adecuada, de buena fe, informada y previa.

Ese contenido del derecho a la consulta, concretizado en este ejemplo, debería asegurar que, si bien se puede limitar el tiempo para realizarla en mérito de atender la emergencia sanitaria, se debe hacer en la lengua del pueblo indígena; es decir, todos los medios de difusión de la información sanitaria (folletos impresos, mensajes a través de radio o por mensajes de texto mediante el celular) deben ser culturalmente adecuados y necesariamente debe seguir un enfoque intercultural.

De igual forma, se debe brindar información objetiva y detallada sobre el COVID-19 y los efectos secundarios de las vacunas a ser aplicadas, conforme lo señala el Cuarto Informe Regional sobre pueblos indígenas y vacunación contra el COVID-19, elaborado por el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, donde se señala que «no es posible alcanzar un consentimiento libre y previo si el mismo no está precedido de una amplia y culturalmente adecuada estrategia de información» (p. 108). Esa línea también es coherente con las recomendaciones del Informe del Relator Especial

sobre los derechos de los pueblos indígenas (2020), quien recalca:

A fin de respetar los derechos a la libre determinación y el autogobierno, los Estados y las comunidades indígenas deberían preparar protocolos de atención de la salud y de prevención adaptados al futuro y medidas de contención del virus, sobre la base de consultas bidireccionales transparentes y responsables con representantes de las autoridades y organizaciones indígenas. Toda medida estatal de emergencia o no planificada que pueda repercutir en los derechos de los pueblos indígenas debe recibir previamente su consentimiento libre, previo e informado, de ser necesario con la asistencia de facilitadores interculturales que expliquen la necesidad y los efectos de las medidas. Debe tenerse en cuenta la situación específica de los pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario, y la planificación puede implicar la colaboración con otras comunidades indígenas no aisladas de la zona. (párr. 99)

Es claro entonces que las medidas sanitarias que se inicien a raíz del COVID-19 que afecten directamente a los pueblos indígenas deberían siempre ser consultadas, puesto que, si bien es cierto se puede limitar el derecho a la consulta previa, no se puede anular este derecho ni ser vaciado de su contenido mínimo, ni siquiera en el marco de un estado de emergencia sanitaria. De igual forma, los procesos de consulta previa relativos a otros proyectos deberán también seguir cumpliendo los elementos del derecho a la consulta previa.

V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En suma, el derecho a la consulta previa es un derecho reconocido a nivel internacional a través del Convenio 169 de la OIT, artículo 6, y desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la jurisprudencia de la Corte IDH. De igual manera, desarrollado a nivel nacional en el Perú por la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional y por la Ley N.° 29786, Ley de Consulta Previa. Por consiguiente, es un derecho humano, fundamental plenamente reconocido y, como tal, genera obligaciones de respeto y garantía que el Estado peruano y todos los Estados Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben cumplir.

En mérito de salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios, el derecho a la consulta debe ser ejecutado de manera previa (antes de la concesión del proyecto) e informada (brindar toda la información necesaria sobre el impacto medioambiental, social y económico del proyecto). Además, debe llevarse a cabo en un proceso culturalmente adecuado (tomando en consideración sus costumbres y tradiciones, empleando sus lenguas nativas) y realizado de buena fe (respetando las instituciones de los pueblos y sus estructuras jerárquicas de autogobierno); elementos que forman parte del contenido esencial del derecho a la consulta previa.

Asimismo, si bien el derecho a la consulta previa como cualquier otro derecho no es absoluto y puede ser limitado por otros derechos —como el derecho a la salud en su dimensión colectiva (salud pública)—, la medida limitativa debe superar el test de ponderación; reconocido y aplicado tanto por órganos de justicia nacionales como internacionales.

Es importante resaltar que los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política, libertad de expresión y al reconocimiento de su personalidad jurídica. De lo cual, se desprende que tienen el derecho a ser consultados sobre las medidas que afecten directamente el ejercicio de sus derechos. Así, el derecho a la consulta previa constituye el último bastión que protege sus derechos e intereses ante la amenaza de intromisión de actores externos. Por ello, en ningún caso, este derecho puede ser vaciado de contenido, ni siquiera en el marco de una emergencia sanitaria, que pone en mayor grado de vulnerabilidad el ejercicio de sus derechos.

En ese sentido, le corresponde al Estado encaminar acciones concretas para reducir las brechas de desigualdad, así como cumplir su rol garante; entablando puentes de diálogo con ellos para lograr atender sus necesidades básicas conforme a una vida digna y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, como es el derecho a la consulta previa, piedra angular de sus derechos colectivos.

VI. REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Resolución N.° 1/2021. *Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia N.° C-418/02.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe- FILAC. (2021). *Pueblos indígenas y vacunación contra COVID-19*. Cuarto Informe Regional.
- Fundación para el Debido Proceso. (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*.
- Grueso, L. (2011). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

- Ley N.º 29785. *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*.
- Medina Quiroga, C. y Nash Rojas, C. (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- Naciones Unidas. (2020). A/75/185. *Informe del Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sr. José Francisco Calí Tzay*.
- Organización Internacional del Trabajo - OIT. (1989). *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales*.
- Organización Mundial de la Salud. (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*.
- Organización Nacional de Mujeres Indígenas, Andinas y Amazónicas del Perú - ONAMIAP. (2021). *El derecho a existir: contra una ley de consulta previa excluyente*.
- Parra, O. (2003). *El Derecho a la Salud: En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*. Defensoría del Pueblo de Colombia.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). *Expediente N.º 0022-2009-PI/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2013). *Expediente N.º 4391-2011-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2017). *Expediente N.º 02765-2014-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2015). *Expediente N.º 01931-2013-PHC/TC*.
- Tribunal Supremo de España. (2021). *Sentencia N.º 1112/2021*.
- Villanueva, R. (2009). *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Pales- tra Editores.