

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ: ALGUNOS APUNTES CRÍTICOS EN TORNO A LA SENTENCIA 27/2022 Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

The legal regulation of the prior consultation in Peru: some critical notes regarding judgment 27/2022 and other relevant pronouncements of the Constitutional Court

Autor: Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa*

REVISTA

LP Derecho

Rodrigo Walter Orcotorio Figueroa

«La regulación jurídica de la consulta previa en el Perú: algunos apuntes críticos en torno a la Sentencia 27/2022 y otros pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional».

Revista LP Derecho.
4 (2023): 76-89.

Recibido: 12/12/2022
Aprobado: 13/02/2023

Resumen

El derecho a la consulta previa ha sido un tema de especial discusión por nuestros tribunales de justicia. A partir de la promulgación de la Ley de Consulta Previa y su reglamento, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea interpretativa que desconoce los estándares internacionales más favorables al respecto, sobre todo en el contexto de los impactos extractivos en los territorios de los pueblos indígenas. El presente artículo parte de la regulación legal, internacional y nacional, de la consulta previa. Luego, analiza las decisiones adoptadas por el máximo intérprete constitucional con especial énfasis en la sentencia 27/2022. Al final, añade algunas conclusiones.

Palabras clave:

consulta previa, industrias extractivas, Sentencia TC 27/2022, jurisprudencia constitucional

Abstract

The right to prior consultation has been a subject of special discussion by our courts of justice. Since the enactment of the Prior Consultation Law and its regulations, the Constitutional Court has established an interpretative line that ignores the most favorable international standards in this regard, especially in the context of extractive impacts on the territories of indigenous peoples. This article is based on the international and national legal regulation of prior consultation. Then, it analyzes the decisions adopted by the highest constitutional interpreter with special emphasis on sentence TC 27/2022. At the end, add some conclusions.

* Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador del Área de Derecho Ambiental en LP Derecho. Correo electrónico: rodrigo.orcotorio.figueroa@gmail.com.

 <http://orcid.org/0000-0001-8124-4389>.

Keywords:

prior consultation, extractive industries, Sentence 27/2022, constitutional jurisprudence

1. Introducción

En la actualidad existen varios documentos e instrumentos internacionales que regulan una gran variedad de derechos en favor de los pueblos indígenas. Uno de los más importantes en los últimos años ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, C 169). Además, se cuenta con otros instrumentos normativos de distinta relevancia: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

La situación más problemática ha girado en torno a las capacidades institucionales de las autoridades y tribunales de justicia para hacer realidad el marco normativo de los pueblos indígenas establecidos en el C 169. Con posterioridad a la ratificación del citado convenio en 1994¹, el Gobierno promulgó la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, LCP) (2011), y su reglamento, el Decreto Supremo 001-2012-MC (en adelante, «reglamento»), a raíz de uno de los eventos más disruptivos en la historia reciente de los conflictos sociales en el Perú. Con ello nos referimos a los trágicos acontecimientos ocurridos en la Curva del Diablo (33 personas fallecidas

y un desaparecido), en el que los pueblos indígenas awajún y wampis demandaron la derogación de decretos que posibilitaban el otorgamiento de concesiones en sus territorios ancestrales sin consulta alguna². A partir de este marco jurídico se han dado las más diversas interpretaciones legales.

En la presente investigación abordaremos más en profundidad esta última cuestión. Partimos de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han generado discrepancia acerca del verdadero contenido de la regulación legal de la consulta previa en los últimos años. En primer lugar, presentamos una síntesis de las relaciones entre el marco internacional y nacional de tal derecho y las industrias extractivas. En segundo lugar, analizaremos algunos casos de importancia en los que el Tribunal Constitucional ha examinado el derecho a la consulta previa, sobre todo la Sentencia 27/2022³ por los cuestionamientos «formales» que niegan su naturaleza de derecho fundamental. Al final ofreceremos algunas conclusiones y recomendaciones.

2. La regulación jurídica de la consulta previa: la necesidad de su aplicación en el marco de las industrias extractivas

2.1. La consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El C 169 es el tratado de derechos humanos más importante en favor de los

1 El C 169 entró en vigencia en 1995, mediante Resolución Legislativa 26253. <https://bit.ly/3UJ4o6W>.

2 Roger Merino, «El derecho y la política de la autodeterminación indígena: el significado del derecho a la consulta previa», *Revista Derecho y Sociedad* 51 (2018): 44.

3 Expediente 03066-2019-PA/TC.

pueblos indígenas u originarios. En este ámbito, el derecho a la consulta previa se ha convertido en el principal vehículo para el reconocimiento de sus demandas⁴. La capacidad para ejercer la consulta se enmarca, así, en el derecho a la libre determinación para tomar decisiones autónomas sobre los modelos de desarrollo más favorables. Junto con otros dos derechos: a) la participación en todo el ciclo de políticas; y b) el consentimiento libre, previo e informado cuando se ponga en riesgo la integridad, vida y subsistencia de los pueblos indígenas, los tres conforman el *corpus iuris* básico de la relación entre el Estado y dichos colectivos⁵. Es decir, asiste a los pueblos el derecho a identificar y decidir sus prioridades de desarrollo sobre la base de sus estilos de vida, creencias, instituciones, territorios, etc. (artículo 7.1 del C 169).

El procedimiento para llevar a cabo la consulta debe ser apropiado y acorde con las instituciones de los pueblos indígenas cuando se implementen medidas administrativas o legislativas que los afecten de manera directa (artículo 6.1, inciso a, del C 169)⁶. De una lectura resumida del numeral 6.2 del C 169 se tiene que en las consultas debe primar la buena fe y deben formuladas considerando las circunstan-

cias que atraviesan los pueblos para llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento. Esto cobra mayor sentido con la obligación estatal de determinar la magnitud de las afectaciones antes de promover o autorizar la prospección o explotación en el marco de proyectos extractivos (artículo 15.2 del C 169)⁷.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado todos estos conceptos al detalle en el caso Sarayaku vs. Ecuador⁸. En primer lugar, la participación efectiva de las comunidades significa que la consulta previa sea realizada, acorde con sus costumbres o tra-

4 Roger Merino y Carlos Quispe, «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental», *Policy Brief* 5 (2018): 1-2.

5 Raquel Yrigoyen, «Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: autonomía, participación, consulta y consentimiento», *Revista Justicia & Democracia* 11 (2013): 235.

6 La obligación de consultar a los pueblos indígenas por las medidas administrativas o legislativas también se encuentra regulada en el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

7 «Los Estados deberán consultar y cooperar mediante procedimiento de buena fe con los pueblos indígenas interesados a través de sus órganos representativos para obtener su consentimiento de manera libre e informada antes de la aprobación de cualquier proyecto que repercuta con sus territorios ancestrales y el desarrollo, uso o explotación de otros recursos naturales» (artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

8 «La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, **está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención** [Americana de Derechos Humanos] (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos». CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N.º 245, párrafo 166. (El resaltado es nuestro)

diciones ancestrales, desde la etapa inicial de la formulación y elaboración de los planes o proyectos de desarrollo o inversión, y no solo cuando se requiera contar con su aprobación⁹. Además, el proceso debe ser conducido mediante buena fe y con características culturalmente adecuadas para obtener el acuerdo de las comunidades¹⁰. En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de producir y ofrecer información a las comunidades para que puedan a) identificar y evaluar los beneficios y riesgos del proyecto, y b) aceptar la propuesta¹¹.

En consonancia, la CIDH ha establecido determinados parámetros para llevar a cabo la consulta. Se tiene como requisitos o condiciones necesarias las siguientes: a) que sea previa; b) que exista buena fe para llegar a un acuerdo; c) que los procedimientos y mecanismos sean acordes con las tradiciones e instituciones indígenas; d) que se realice los correspondientes estudios de impacto ambiental, y e) que el conocimiento de los pueblos indígenas sobre los beneficios y riesgos del proyecto esté garantizado^{12 13}.

El caso *Saramaka vs. Surinam*¹⁴ es emblemático, por cuanto en él la CIDH de-

sarrolló la relevancia de la consulta previa en los proyectos extractivos. En resumidas cuentas, la Corte ha indicado que, cuando los planes de desarrollo o inversión sean a gran escala y tenga un alto impacto, no solo existe la obligación de consultar, sino que será necesario obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos indígenas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones¹⁵.

La CIDH impone un estándar más riguroso cuando se atenta contra la propia existencia, integridad y estilos de vida de los pueblos indígenas u originarios. El peligro de los proyectos extractivos estaría en su capacidad de transformar los recursos naturales localizados en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, además de convertirse en fuente de financiamiento para las políticas distributivas en la región sin importar la agenda ideológica subyacente¹⁶. A decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

167. Uno de los mayores riesgos a la existencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad está constituido por los planes y proyectos de infraestructura y de explotación económica que buscan ser impuestos y ejecutados dentro de sus territorios [...].

168. Es por ello que **la consulta y el consentimiento de los pueblos indígenas resulta[n] de vital importancia**, pues como indica la

9 *Ibidem*, párrafo. 177.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*., párrafos 180-211.

13 Ministerio de Cultura, *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (Lima, 2016): 47 y siguientes.

14 CIDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 133.

15 *Ibidem*, párrafos 134-136.

16 Moisés Arce, *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015); Anthony Bebbington *et al.*, *Evaluación y alcance de la industria extractiva y la infraestructura en relación con la deforestación: Amazonía*. (Lima: DAR, 2019).

información recibida, la falta de participación efectiva en el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos en varios países de la región viene causando profundos impactos que ponen en peligro su supervivencia física y cultural, sus formas de vida particulares y, en última instancia, su existencia como pueblos.¹⁷

La contaminación ambiental de los cuerpos de agua y suelos, el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas y la limitación sistemática de ciertos derechos, entre otros factores, son algunos impactos extractivos recurrentes¹⁸. Al mismo tiempo, son la causa de la gran mayoría de los conflictos sociales en los que las comunidades demandan y exigen el cumplimiento y protección de sus derechos de remediación, consulta, participación, transparencia y acceso a la información ambiental¹⁹. En todo caso, se trata de una relación tensa en la que interactúan los pueblos indígenas y los actores políticos que promueven esta clase de proyectos.

Por tales motivos, la CIDH no solo exige a los Estados realizar la consulta, sino

que se obtenga un consentimiento previo, libre e informado^{20 21}, puesto que los impactos extractivos son capaces de restringir de manera directa los derechos de los pueblos indígenas. La consulta previa es el mecanismo idóneo para identificar los posibles impactos de un proyecto extractivo, así como las medidas que se deben implementar desde un enfoque preventivo. En efecto, la abundante casuística nos ha demostrado que existen marcadas injerencias en los procesos de consulta ya desde la primera etapa del proceso, es decir, desde la identificación de los pueblos indígenas. En el siguiente apartado, presentamos una síntesis de la problemática, tomando en consideración la LCP y su reglamento.

2.2. La consulta previa en el ordenamiento jurídico peruano: algunas cuestiones críticas

La historia reciente de los pueblos indígenas ha estado envuelta en abundantes «pretextos jurídicos»²² que han restringido

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. (Washington D. C.: OEA, 2015). (El resaltado es nuestro).

18 Eduardo Dargent *et al.*, «Cycle of Abundance and Institutional Pathways», en *Resource Booms and Institutional Pathways: The Case of the Extractive Industry in Peru* (Londres: Latin American Political Economy, 2017), 4-9 y Ricard Flemmer *et al.*, «A political ecology perspective on resource extraction and human security in Kenya, Bolivia and Peru». *The Extractive Industries and Society* 8, 4 (2020): 1-3.

19 Moisés Arce, *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*, *op. cit.*, 100-101.

20 En varias investigaciones y documentos legales se conjugan de manera indistinta los adjetivos del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, esta no interfiere o genera definiciones inexactas y/o imprecisas. Solo sería un descuido de quienes realizan tales estudios o propuestas normativas.

21 Existe más supuestos en que se exige el consentimiento previo, libre e informado. Véase Carlos Elguera, «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú». Tesis para optar el título de abogado. (Lima: Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016), 79-83.

22 Juan Carlos Ruiz Mollada, «Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los «pretextos jurídicos» del Gobierno para incumplirla», *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014): 191-192.

el ejercicio de sus derechos, sobre todo en el contexto de los proyectos extractivos. Un claro ejemplo es el reducido número de consultas realizadas, incluyendo unas pocas que se consideran exitosas. En lo que respecta al objeto de la investigación, lo resuelto en la Sentencia 27/2022 no es más que el punto final de una interpretación sistemáticamente errónea del derecho a la consulta previa por parte del TC. Una de las razones que sustentarían tal restricción es el marco legal actual y otras decisiones jurisprudenciales que comentaremos más adelante²³.

La regla general es que el Estado está obligado a realizar la consulta previa a los pueblos indígenas cuando la medida administrativa o legislativa produzca consecuencias (positivas o negativas) sobre sus derechos colectivos (artículo 2 de la LCP). Los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional, de acuerdo con el citado artículo, generan efectos positivos. Además, de conformidad con el artículo 3: «La finalidad de la consulta es **alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios** respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente [...]» **(el resaltado es nuestro)**.

Por otro lado, la LCP establece un procedimiento para garantizar la realización de la consulta previa que comprende lo siguiente: a) identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; b) identificación de los pueblos indígenas u originarios que serán consultados; c) publicidad de la medida legislativa o administrativa; d) información

sobre la medida legislativa o administrativa; e) evaluación interna en las instituciones y organizaciones sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; f) proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios, y g) decisión. De estos ítems, el que más nos interesa ayudaría a determinar la medida objeto de consulta: «Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas» (LCP, artículo 9).

El aspecto más llamativo de la regulación legal gira en torno a la naturaleza de la competencia de la autoridad promotora para determinar dos situaciones: 1) la medida administrativa o legislativa, y 2) la afectación. Respecto de la identificación de los pueblos indígenas como sujetos del derecho de consulta previa, se requiere un tratamiento más amplio que supera los objetivos planteados en el presente artículo. En las siguientes líneas explicaremos los dos puntos resaltados, ya que guardan mutua relación.

2.3. De nuevo sobre la consulta previa: ¿cómo se determina el impacto de la medida?

De acuerdo con el literal g) del artículo 3 del reglamento, se entiende como *entidad promotora* a la autoridad pública «responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta

²³ *Ibidem*.

en el marco establecido por la Ley y el Reglamento». Se especifica en el citado literal que pueden ser entidades promotoras: a) la Presidencia del Consejo de Ministros o un ministerio delegado por razón de la materia; b) los ministerios, «a través de sus órganos competentes»; c) los organismos públicos, y iv) los gobiernos regionales y locales. El inciso i), a su vez, establece que las medidas administrativas son «normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas». Por ejemplo, el propio reglamento de la LCP²⁴ o la concesión que obtiene una empresa extractiva para llevar a cabo su actividad.

Seguidamente, identificaremos los marcos normativos relacionados con los sectores Minería e Hidrocarburos:

— En el caso de la minería, la R. M. 403-2019-MINEM/DM establece los procedimientos administrativos sujetos a consulta (artículo 1). También encarga a la Oficina General de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas la realización del proceso (artículo 2). Sin embargo, una modificación reciente (R. M. 254-2021-MINEM/DM) dispone que los procesos de consulta deberán iniciarse luego de que la autoridad correspondiente apruebe el Instrumento de Gestión Ambiental.

²⁴ Un caso emblemático fue el proceso de consulta previa realizado al reglamento (D. S. 013-2019-MINAM) de la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley 30754). <https://bit.ly/3RenwH1>.

— En el caso de los hidrocarburos, la R. M. 209-2015-MEM/DM establece cuáles son los procedimientos administrativos sujetos a consulta, incluido el sector eléctrico. Asimismo, el D. S. 021-2018-EM determina que la Oficina General de Gestión Social²⁵ sea la entidad encargada de realizar las consultas en ambos sectores productivos. No obstante, para el caso de ciertos lotes (192, 200 y 201), Perupetro S. A. tiene la competencia temporal debido a razones de índole «económica» y «estratégica» (R. M. 351-2019-MINEM/DM).

Como precisa Iván Lanegra²⁶, la evaluación ambiental es una etapa anterior y medular para identificar los potenciales impactos de las actividades mineras, así como para implementar medidas que prevengan o mitiguen tales impactos. En esa línea, y de acuerdo con lo estipulado por la CIDH²⁷, involucrar a los pueblos indígenas desde un primer momento garantizaría una plena y efectiva participación en todas las fases del proyecto y no solo en la etapa final o cuando se requiera su aprobación de la medida que otorga el derecho. Además,

²⁵ Al inicio, las entidades encargadas de realizar la consulta previa en el sector hidrocarburos y electricidad eran los órganos de línea respectivos. Para una medida en particular (D. S. que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos), Perupetro S. A. (por R. M. 350-2012-MEM/DM).

²⁶ Lanegra, Iván, «Consulta previa, minería y regulación ambiental en la legislación nacional», *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014): 109 y siguientes.

²⁷ Roger Merino y Carlos Quispe, «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental», *op. cit.*

ha sido una exigencia histórica por parte de dichos pueblos que ha adquirido mayor visibilidad en los últimos tiempos.

Por otro lado, el particular contexto que han atravesado las comunidades nativas en torno a la actividad hidrocarburífera —y, sobre todo, por la industria del petróleo—, supera cualquier intento de regular el derecho a la consulta previa. El fuerte impacto de esta actividad se remonta a la década de 1970 y se ha agravado en los años más recientes, al punto de que se torna insostenible continuar la explotación de lotes petroleros en la Amazonía²⁸. El diálogo intercultural deviene en la vía idónea para debatir y cuestionar la explotación petrolera; el caso de los lotes 192 y 8 son un claro ejemplo²⁹.

En resumidas cuentas, la principal discusión en el futuro será determinar el momento exacto para llevar a cabo la consulta previa, aun a pesar de la complejidad y fragmentariedad que han demostrado las disposiciones normativas en materia de minería e hidrocarburos. Incluso la propia regulación del derecho a la consulta previa, la LCP y su reglamento, no resolvería dicha cuestión, pues deja a la autoridad promotora la decisión de realizar la consulta.

Ahora bien, en el siguiente acápite comentaremos la interpretación prevalente

28 Aymara León y Mario Zúñiga, *La sombra del petróleo. Informe de los derrames petroleros en la Amazonía peruana entre el 2000 y el 2019*. (Lima: CNDDHH y Oxfam, 2020).

29 Para un minucioso análisis sobre el mayor proyecto gasífero y el impacto sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, véase Carlos Quispe, *Derechos de los machiguenga-nanti en contacto inicial de la RTKNN y su relación con su supervivencia física y cultural*. (Lima: DAR, 2021), 257.

del Tribunal Constitucional, con especial énfasis a la Sentencia 27/2022 que, entre otras peculiaridades, desconoce tanto el carácter constitucional del derecho a la consulta previa como la jerarquía del C 169. Nos apoyaremos de algunos pronunciamientos relevantes emitidos recientemente y verificaremos una evidente contradicción por parte del Tribunal.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta previa en materia extractiva

3.1. Algunas reflexiones en torno a la Sentencia 27/2022 y otros «desconocimientos» relevantes

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa han atravesado por marcadas diferencias en los últimos años. Mientras que en un principio el Tribunal desarrollaba y reconocía el derecho a la consulta previa y su protección constitucional en el caso Cordillera Escalera (Expediente 03342-2007-PA/TC, fj. 31-36), por otro lado, años después, se establecieron precedentes que no esclarecían el momento oportuno para realizar la consulta y el grado afectación de la medida administrativa. En este sentido, son llamativas las interpretaciones del Tribunal sobre los decretos legislativos que promovían inversiones extractivas en la Amazonía como parte de los compromisos asumidos por el gobierno peruano en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (Expedientes 0022-2009-PI/TC, 0023-2009-PI/TC, 0024-2009-PI/TC, entre otros).

Así, se ha limitado el adecuado ejercicio de tal derecho y, más aún, ha habido un alejamiento de la interpretación realizada por los tribunales internacionales de derechos humanos. Este camino, por supuesto, no ha estado exento de críticas desde una óptica legal. Sin embargo, y más allá de las tensiones normativas, hay un factor político que explicaría el trasfondo de las decisiones del Tribunal. Conforme a lo anunciado, comentaremos un caso en particular.

En la Sentencia 27/2022, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo presentada por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra las concesiones mineras superpuestas en sus territorios. Uno de los argumentos principales fue: «3. [...] El derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental». En primer lugar, Roca y Velásquez³⁰ han definido como problema de análisis de la mencionada sentencia la jerarquía de las normas internacionales en el derecho interno. Es decir, ¿cuál sería la calificación constitucional del C 169 como tratado de derechos humanos?

Antes de entrar en detalle, debemos recordar que la controversia no solo gira en torno al desconocimiento constitucional del C 169 y, con ello, del derecho a la consulta previa, sino que las propias co-

munidades exigían la consulta como parte de su derecho a cuestionar la viabilidad del proyecto por los capitales australianos y chinos MMG Limited. Sin embargo, el Ministerio de Energía y Minas otorgó la correspondiente Autorización de Inicio de Actividades sin haber consultado a las comunidades campesinas, lo que desencadenó una escalada de conflictos³¹ que tornaron imposible cualquier intento de diálogo por parte de las autoridades públicas³².

Ahora bien, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú consagra el siguiente precepto: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Si bien el precepto constitucional no hace referencia expresa a los tratados de derechos humanos, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha encargado de sostener que «Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además detentan [sic] rango constitucional» (Expediente 0032-2010-PI/TC, f. 76)³³. Asimismo, el artículo 3 de la Constitución reconoce la existencia de otros derechos fundamentados en la dignidad del ser humano, más allá de aquellos establecidos taxativamente en nuestra propia carta fundamental.

30 Josselyn Roca y Alejandro Velásquez, «¿El derecho a la consulta previa tiene un tratamiento acorde al derecho internacional en el Perú?», *LP Derecho*, 6 de mayo de 2022. <https://bit.ly/3UDKLwb>.

31 Redacción *El Comercio*. «Las Bambas denuncia ataques con piedras y bombas molotov por parte de comunidades», 29 de abril de 2022. <https://bit.ly/3RXkQQ0>.

32 Redacción *El Comercio*. «Las Bambas: comunidad de Fuerabamba rechaza propuesta para dialogar el 7 de mayo», 30 de abril de 2022. <https://bit.ly/3E01eA>.

33 *Cfr.* Sentencias recaídas en los Expedientes 0047-2004-PI/TC (f. 61), 0025-2005-PI/TC -acumulados-, (f. 26) y 0005-2007-PI/TC (f. 11), entre otras.

Sin embargo, cualquiera podría argumentar que el solo reconocimiento de los tratados de derechos humanos no es suficiente para que puedan ser aplicados en nuestro ordenamiento. El Tribunal Constitucional comparte este argumento en la Sentencia 27/2022 (fj. 4 y 5), en el que, a pesar de que el derecho a la consulta previa se encuentra regulada en el C 169, ello no le otorga el carácter de derecho fundamental ni rango constitucional, incluso al amparo del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional. Lo concreto es que así se desconoce la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que establece que los derechos y libertades reconocidos en la carta política se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales ratificados. Por su parte, el artículo 8 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional estipula: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

La contradicción más notoria se da a partir de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que habría delimitado, cuando menos, un estándar bastante general del proceso de consulta previa. Mucho antes de la promulgación de la LCP y su reglamento, el máximo intérprete constitucional había ya establecido que el C 169 formaba parte del derecho interno y una exigencia de obligatorio cumplimiento

por las entidades públicas³⁴. Además, había acotado que el contenido y los derechos reconocidos en dicho convenio ostentan jerarquía constitucional y que cualquier norma de rango inferior que fuese contra ella debería ser declarada inconstitucional (Expediente 0022-2009-PI/TC, fj. 10).

El estándar actual que establece el Tribunal difiere en gran medida de lo resuelto en los casos por la CIDH, de manera especial en estos supuestos: 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 arribados en la consulta, sin que ello signifique el veto o negativa por parte de los pueblos indígenas a la medida legislativa o administrativa (Expediente 0022-2009-PI/TC, fj. 37 y 40). En todo caso, las críticas legales siempre han existido en torno al marco normativo que regula el derecho a la consulta previa³⁵.

Además, la discordancia de los votos de los magistrados es una clara muestra de que no existe un consenso sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa. Los jueces Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña se muestran a favor de exigir la consulta de la Autorización de Inicio de Actividades, mientras que Ferrero Costa y Miranda Canales se ciñen a lo establecido en la ley respecto al momento oportuno de la consulta sobre la concesión minera y a la dificultad que

³⁴ *Cfr.* Expediente 03343-2007-PA/TC (fj. 31) y Expediente 06316-2008-PA/TC (fj. 19).

³⁵ Carlos Elguera, «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú», *op. cit.*

implica determinar la posible afectación, respectivamente, en sus votos discordantes.

Por otro lado, una manera de entender el porqué de las constantes decisiones del Tribunal Constitucional es prestar atención al trasfondo político e histórico en que se discute la construcción de los marcos legales, así como a la influencia de ciertos sectores sociales en su aplicación. De acuerdo con Maritza Paredes y Bettina Schorr³⁶, hoy en día se sostiene que las reglas para la gobernanza ambiental y social de los recursos naturales son objetivo de constantes disputas institucionales. En ese sentido, el marco legal que regula el derecho a la consulta previa no es sino una parte del vasto y complejo escenario de diseños y reajustes políticos-legales.

Mientras los pueblos indígenas utilizan la consulta previa como mecanismo para identificar las vulneraciones ocasionadas por los proyectos extractivos (formales), buscan al mismo tiempo incidir en la construcción de dichos proyectos y exigir el cumplimiento de sus demandas. Por otro lado, los actores transnacionales aprovechan la deficiente configuración institucional para promover sus prácticas extractivas. Entonces, a pesar de las críticas legales y constitucionales, la realidad se ha encargado de desentrañar el verdadero problema que subyace en los conflictos que enfrentan a pueblos indígenas y empresas transnacionales. Pero, sobre todo,

se observa la injerencia en las autoridades públicas encargadas de dirigir y aplicar los estándares en materia de consulta, que son muy distintos, como hemos diagnosticado, tanto a nivel nacional e internacional, e incluso esto es reforzado por la actuación de algunos organismos internacionales en materia de desarrollo económico.

4. Conclusiones y reflexiones finales

Cierto sector reconoce que uno de los problemas más comunes en torno a los marcos normativos que promueven proyectos extractivos son las tensiones y desencuentros generados por su aplicación en desmedro de otros arreglos institucionales³⁷. El ejemplo más gráfico del que parte nuestra investigación se enfoca en las resistencias para hacer realidad el derecho a la consulta previa. Es decir, los escenarios conflictivos en los que los pueblos indígenas canalizan y exigen el cumplimiento de sus demandas ambientales y sociales.

Los argumentos esgrimidos en la presente investigación inciden en un aspecto relevante —aunque, algunas veces, dejado de lado por las ciencias sociales— con respecto a esta clase de conflictos, a saber, las interacciones legales por las decisiones de los tribunales de justicia. Mientras la jurisprudencia constitucional utiliza y refuerza los vacíos y deficiencias institucionales de la regulación legal del derecho a la consulta previa (LCP y su reglamento) en el marco

36 Maritza Paredes y Bettina Schorr, «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas», en Eduardo Dargent *et al.* (editores), *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú* (Lima: Ibero-Amerikanisches Institut y Fondo Editorial PUCP, 2021), 97-127.

37 Eduardo Dargent *et al.*, «Cycle of Abundance and Institutional Pathways», *op. cit.*; Maritza Paredes y Bettina Schorr, «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas», *op. cit.*

de proyectos extractivos³⁸, los tribunales internacionales han concebido una serie de estándares para asegurar tal derecho, sobre todo cuando los proyectos atentan la existencia, integridad y estilos de vida de los pueblos indígenas. Así las cosas, la falta de armonización entre ambos planos jurisdiccionales no impediría que las organizaciones indígenas exijan el cumplimiento de sus derechos colectivos.

Dos reflexiones finales a las que nos lleva la investigación serían que, en primer lugar, a pesar de los intentos por uniformizar criterios, existe una normativa sectorial dispersa que produce conflictos legales en relación con el momento oportuno y sobre qué medida debe realizarse la consulta previa; en segundo lugar, cuando las razones legales son insuficientes para explicar por qué son tan resistidos los procesos de consulta, resulta necesario adoptar un análisis político en el que los actores sociales (pueblos indígenas, actores empresariales y autoridades públicas) disputen y redefinan el diseño del derecho a la consulta previa. La Sentencia 27/2022 demuestra, pues, que debemos ir más allá del mero razonamiento jurídico.

5. Bibliografía

Arce, Moisés. *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015.

38 Minería: R. M. 403-2019-MINEM/DM y R. M. 254-2021-MINEM/DM.

Hidrocarburos (petróleo y gas): RM 209-2015-MEM/DM, DS 021-2018-EM y RM 351-2019-MINEM/DM

Electricidad: RM 2019-2015-MEM/DM.

Bebbington, Anthony, César Gamboa, Denise Humphreys y Ricardo Verdum. *Evaluación y alcance de la industria extractiva y la infraestructura en relación con la deforestación: Amazonía*. Lima: DAR, 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Washington D. C.: OEA, 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15.

Dargent, Eduardo *et al.* «Cycle of Abundance and Institutional Pathways». En *Resource Booms and Institutional Pathways: The Case of the Extractive Industry in Peru*. (Editado por Eduardo Dargent *et al.*). Londres: Latin American Political Economy, 2017.

Elguera, Carlos. «El derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios y breve análisis del estado de aplicación e implementación en el Perú». Tesis para optar el título de abogado. (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016).

Flemmer, Riccarda, Rebecca Froese, Janpeter Schilling y Almut Schilling-Vacaflo, «A political ecology perspective on resource extraction and human security in Kenya, Bolivia and Peru». *The Extractive Industries and Society* 8, 4 (2020). <https://doi.org/10.1016/j.exis.2020.10.009>.

- Lanegra, Iván. «Consulta previa, minería y regulación ambiental en la legislación nacional». *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014). <https://bit.ly/3W1897X>.
- León, Aymara y Mario Zúñiga. *La sombra del petróleo: Informe de los derrames petroleros en la Amazonía peruana entre el 2000 y el 2019*. Lima: CNDDHH y Oxfam, 2020.
- Merino, Roger. «El derecho y la política de la autodeterminación indígena: el significado del derecho a la consulta previa». *Revista Derecho y Sociedad* 51 (2018). <https://bit.ly/3iSNyEr>
- Merino, Roger y Carlos Quispe. «Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental». *Policy Brief* 5 (2018). <https://bit.ly/3haqikC>.
- Ministerio de Cultura. *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Ministerio de Cultura, 2016.
- Paredes, Maritza y Bettina Schorr. «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas». En *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú*, editado por Eduardo Dargent et al., 97-127. Lima: Ibero-Amerikanisches Institut y Fondo Editorial PUCP, 2021.
- Roca, Josselyn y Alejandro Velásquez. «¿El derecho a la consulta previa tiene un tratamiento acorde al derecho internacional en el Perú?». *LP Derecho*, 6 de mayo de 2022. <https://bit.ly/3U-DKLwb>
- Redacción *El Comercio*. «Las Bambas denuncia ataques con piedras y bombas molotov por parte de comunidades». 29 de abril de 2022. <https://bit.ly/3R-XkQQ0>.
- Redacción *El Comercio*. «Las Bambas: comunidad de Fuerabamba rechaza propuesta para dialogar el 7 de mayo». 30 de abril de 2022. <https://bit.ly/3E01IeA>.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. «Problemas jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: o los “pretextos jurídicos” del Gobierno para incumplirla». *Revista Derecho y Sociedad* 42 (2014). <https://bit.ly/3HgmOrz>
- Yrigoyen, Raquel. «Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: autonomía, participación, consulta y consentimiento». *Revista Justicia & Democracia* 11 (2013).

6. Jurisprudencia

- CIDH (2007). Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- CIDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245.
- Expediente 0047-2004-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.

Expediente 0025-2005-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)
Expediente 0005-2007-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.	Constitución Política del Perú (1993)
Expediente 03343-2007-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.	Resolución Legislativa 26253 (1993)
Expediente 06316-2008-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.	Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM
Expediente 0022-2009-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.	Decreto Supremo 021-2018-EM
Expediente 0032-2010-Proceso de Inconstitucionalidad/Tribunal Constitucional.	Resolución Ministerial 403-2019-MI-NEM/DM
Expediente 03066-2019-Proceso de Amparo/Tribunal Constitucional.	Resolución Ministerial 351-2019-MI-NEM/DM
7. Legislación nacional e internacional	Resolución Ministerial 254-2021-MI-NEM/DM
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)	Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (2011)
Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)	Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785 (2012)
	Nuevo Código Procesal Constitucional (2021)