



LA CONSULTA PREVIA: DESARROLLO NORMATIVO INTERNACIONAL Y COMPARADO Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ

Documento de trabajo



LA CONSULTA PREVIA:
DESARROLLO NORMATIVO
INTERNACIONAL Y
COMPARADO Y SU
APLICACIÓN EN EL PERÚ

Vladimir Pinto

Ramón Rivero



La consulta previa: desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú

© Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEAInternacional) 2012

Las publicaciones de IDEA Internacional son independientes de los intereses nacionales o políticos específicos. Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente los puntos de vista de IDEA Internacional, de su Junta Directiva o de los miembros de su Consejo.

Las solicitudes de permiso para reproducir o traducir esta publicación en todo o en parte deben dirigirse a:

IDEA Internacional
SE-103 34
Estocolmo -Suecia
Tel: +46 8 698 37 00
Fax: + 46 8 20 24 22
info@idea.int
www.idea.int

IDEA Internacional
Oficina Región Andina
San Borja Norte 1123
San Borja, Lima 41
Tel: + 511 203-7960
Fax: + 511 4377227
infoperu@idea.int

Impresión: Ediciones Nova Print S.A.C.
Primera edición: octubre de 2012
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2012-12458

Impreso en el Perú

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	13
PRIMERA SECCIÓN: ELEMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO	
1. Antecedentes al Convenio 169-OIT	17
1.1. Los pueblos indígenas en el derecho internacional: breve recuento histórico	17
1.1.1. La institución de la tutela como primer referente de los derechos indígenas	17
1.1.2. El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho: nuevo esquema de relaciones con los Estados	19
1.1.3. La declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	21
1.2. Pueblos Indígenas en América latina	22
2. El derecho a la consulta, consideraciones generales	25
2.1. Elementos conceptuales del derecho a la consulta previa en el derecho internacional	25
2.1.1. Tierras y territorios indígenas	25
2.1.2. ¿Qué situaciones ameritan la realización de una consulta?	29
2.1.3. ¿A quiénes se les considera indígenas?, ¿quién los representa?	31
2.1.4. Las condiciones y garantías para un adecuado procedimiento de consulta previa	32
2.1.5. Efectos de la consulta y ejecución de resultados	35
3. Desarrollo comparado del derecho a la consulta	39
3.1. El derecho a la consulta previa en la Estado Plurinacional de Bolivia	39

3.1.1.	Legislación de Bolivia relativa al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas	39
3.1.2.	Implementación del derecho a la consulta previa en Bolivia	40
3.1.2.1.	Petroleras en territorios indígenas guaraníes	40
3.1.2.2.	Reactivación del complejo hidrometalúrgico de Corocoro en territorio ancestral de Jacha Suyu Pakajaqi	41
3.1.2.3.	Problema en el territorio ancestral de Charkas (mina aurífera de Amayapampa)	41
3.2.	El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en el Brasil	41
3.2.1.	Legislación del Brasil en torno a la consulta previa a los pueblos indígenas	42
3.2.1.1.	El Estatuto de los Pueblos Indígenas	42
3.2.1.2.	El Proyecto de Ley sobre Minería en Tierras Indígenas	42
3.2.1.3.	El Proyecto de Ley Forestal	43
3.2.2.	Situación de la implementación del derecho	43
3.2.2.1.	El caso del complejo Jurueña	43
3.2.2.2.	Caso Belo Monte	44
3.3.	El derecho a la consulta previa en Colombia	44
3.3.1.	Legislación colombiana sobre consulta previa a los pueblos indígenas	45
3.3.2.	Aplicación del derecho a la consulta previa en Colombia	46
3.4.	El derecho a la consulta previa en el Ecuador	48
3.4.1.	Marco normativo sobre consulta previa	48
3.4.2.	Experiencia de aplicación del derecho	50
3.5.	Noruega: el paradigma de la implementación del Convenio 169-OIT	51
3.5.1.	Implementación del derecho a la consulta previa en Noruega	52
3.6.	Más allá de la consulta. La plena participación política de los pueblos indígenas como ideal de democracias interculturales	53

SEGUNDA SECCIÓN: EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL PERÚ

4.	Desarrollo del derecho a la consulta en el Perú	59
4.1.	Contexto previo al desarrollo legal y reglamentario del derecho a la consulta	59
4.1.1.	Antecedentes jurídicos nacionales	59
4.1.1.1.	Proceso de ratificación y jerarquía normativa	59
4.1.1.2.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y algunas disposiciones vinculadas	60
4.1.1.2.1.	Sobre el contenido del derecho a la consulta	61
4.1.1.2.2.	De los principios vinculados al derecho a la consulta	63

4.1.1.2.3.	De los pueblos interesados en la consulta	66
4.1.1.2.4.	La consulta previa y pueblos en aislamiento o contacto inicial	69
4.1.1.2.5.	Sobre las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas	73
4.1.1.2.6.	Sobre la autodeterminación y el supuesto derecho a veto	75
4.1.1.2.7.	Sobre la coparticipación en el disfrute de la riqueza	77
4.1.2.	Antecedentes sociopolíticos e iniciativas legislativas	78
4.1.2.1.	Institucionalidad indígena ligada a sus políticas públicas	78
4.1.2.2.	Propuestas iniciales para la regulación de la consulta	80
4.1.2.3.	Consideraciones legales preliminares para la consulta en el Perú	82
4.1.2.4.	La consulta y el aprovechamiento de los recursos naturales en territorios indígenas	83
4.1.2.5.	Algunos puntos considerados críticos	85
4.2.	Apuntes sobre la Ley de consulta previa peruana	95
4.2.1.	Antecedentes inmediatos a su aprobación	95
4.2.2.	Comentarios sobre la ley de consulta previa peruana	96
5.	Reflexiones finales	109
6.	Bibliografía	113

LISTA DE ABREVIATURAS

AIDSESP:	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
ANP:	Área Natural Protegida
CEACR:	Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CCP:	Confederación Campesina del Perú
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNA:	Confederación Nacional Agraria
CONAP:	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
CONACAMI:	Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería
CONFIEP:	Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas
CONAMAQ:	Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasusyu
Convenio 107-OIT:	Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo
Convenio 169-OIT:	Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo
CTC:	Consejo Territorial de Cabildos
DDHH:	Derechos Humanos
DNUPPII:	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DGA:	Dirección General de Asuntos Ambientales
EIA:	Estudio de Impacto Ambiental
FUNAI:	Fundação Nacional do Índio
INEI:	Instituto Nacional de Estadística e Informática

INDEPA:	Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano
LSEIA:	Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental
MEF:	Ministerio de Economía y Finanzas
MIMDES:	Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social
MINAM:	Ministerio del Ambiente
MINCUL:	Ministerio de Cultura
MINEM:	Ministerio de Energía y Minas
ONAMIAP:	Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
OEA:	Organización de Estados Americanos
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
ONIC:	Organización Nacional Indígena de Colombia
ONG:	Organización No Gubernamental
PCM:	Presidencia del Consejo de Ministros
PPII:	Pueblos Indígenas
ROF:	Reglamento de Organización y Funciones
TC:	Tribunal Constitucional
UNCA:	Unión de Comunidades Aymara

PRÓLOGO

El presente documento *La consulta previa: desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú*, busca ser una contribución al estudio de la evolución normativa del derecho a la consulta previa en el mundo y su derrotero en el Perú, concretado en la Ley N° 29785. Largamente discutida en el Congreso, mediante debates en los que participaron organizaciones de los pueblos originarios y organismos como la Defensoría del Pueblo, y observada por el gobierno anterior, la Ley fue finalmente aprobada en septiembre de 2011.

El documento está dividido en dos partes. La primera, compuesta por los capítulos 1 al 3, desarrolla los antecedentes y elementos conceptuales básicos del Convenio núm. 169 de la OIT y presenta un análisis comparado del Derecho a la Consulta en distintos países del mundo. Remontándose a los primeros antecedentes sobre el uso del término “indígena” como una categoría de pretendida aplicación global (Conferencia del África de 1884), los autores hacen un recorrido por el derecho internacional. Partiendo de documentos como los de dicha Conferencia, que alegaban el “tutelaje” de ciertos pueblos, en aras de llevarles la “civilización”, recuerdan también aquella mirada más *economicista* (“desarrollados” y “subdesarrollados”) que predominó a mediados del siglo XX, para llegar a perspectivas de derecho basadas en el respeto a la diferencia, sustento del Convenio núm. 169 de la OIT.

El capítulo 2 se centra en el Derecho a la Consulta y su propio recorrido en el derecho internacional. En el siguiente capítulo, sobre el mismo tema, se pasa al análisis comparado de países que han aplicado, con variantes, el Derecho a la Consulta a sus pueblos originarios. Casos como los de Colombia, Noruega y los otros mencionados, son de especial utilidad, para mirar su legislación e implementación en nuestro país.

Finalmente, la segunda parte, compuesta por el capítulo 4, trata del desarrollo del Derecho a la Consulta en el Perú, desde sus antecedentes jurídicos hasta la aprobación de la Ley respectiva. Además, hace un repaso por los aspectos esenciales de esta norma, con énfasis en aquellos que han sido objeto de intenso debate.

Esta investigación ha sido realizada por Vladimir Pinto y Ramón Rivero, con la asistencia de María Molero y Mario Zúñiga. A ellos va nuestro reconocimiento y, ciertamente, también a los socios que han hecho posible esta publicación: la Fundación Ford y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, en el marco de nuestros proyectos “Diálogo intercultural y desarrollo de propuestas para mejorar los canales de representación política y de consulta de los grupos indígenas amazónicos” y “Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas en los países andinos”, respectivamente.

Esperamos que este documento sea un aporte sobre el derecho a la consulta previa, en especial para quienes participarán en los procesos de su implementación en el Perú.


INTRODUCCIÓN

El uso del discurso para llegar a puntos de consenso en la esfera pública supone una oportunidad para la realización personal, pero también comunal, lo que debe ser rescatado por la gestión pública estatal en todo nivel de gobierno.

Tal ejercicio de ciudadanía comunal, en países multiculturales como el Perú, no puede ni debe ser considerado fuera del ámbito de la obligada práctica intercultural de nuestro Estado, así como en función de los Derechos Fundamentales a la Libre Determinación y de Participación Indígena traducidos en el ejercicio efectivo del derecho a la consulta informada, libre y previa, derecho vigente en nuestro marco legal hace más de década y media, y cuya implementación se ha venido concretando hace poco menos de un lustro.

El punto de quiebre para que se inicie dicha práctica en el Perú fueron los trágicos sucesos de Bagua en el 2009, ante la adopción de decisiones legislativas inconsultas y que se percibían como la puerta de entrada para medidas administrativas vinculadas a proyectos en nuestra Amazonía. A partir de ello, la presencia de nuestros pueblos indígenas en la agenda pública, así como en los espacios de concertación políticamente previstos por los gobiernos de turno, se han hecho más recurrentes a fin de viabilizar el ejercicio del derecho a la consulta indígena.

¿Qué se entiende por consulta en el marco jurídico internacional? ¿Cómo se ha venido consolidando este derecho en la experiencia comparada y en el contexto nacional? ¿Cómo se han llevado a cabo los procesos de consulta vinculados a su propia regulación? Son algunas de las preguntas que pretendemos responder en la presente investigación jurídica, en la que, además de hacer una revisión objetiva del estado y condiciones actuales dispuestas por tribunales, nuestra Constitución y la legislación vinculada a la Consulta indígena, se describen algunas de las distintas posiciones de los actores de dichos procesos, tanto del Estado como de las organizaciones indígenas y algunas instituciones civiles no indígenas. Ello, haciendo énfasis en el contexto de la reciente aprobación del Reglamento de la Ley de Consulta.



PRIMERA SECCIÓN:
ELEMENTOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL Y COMPARADO

1. ANTECEDENTES AL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

1.1. Los pueblos indígenas en el derecho internacional: breve recuento histórico

En su informe final destinado a analizar la problemática de los pueblos indígenas, presentado el año 2007 a la Asamblea General de la ONU, Rodolfo Stavenhagen, primer Relator Especial de Naciones Unidas, propone un balance sobre las estrategias empleadas por los Estados para enfrentar el “problema indígena”, es decir para superar la situación histórica de marginación y discriminación que han vivido estos pueblos.

Dice el ex relator que un camino ha sido la modernización e integración: asumiendo que las comunidades indígenas eran “atrasadas” o “primitivas”, se optó por la introducción de tecnología y métodos de producción “modernos”, acompañados de escuelas públicas y misioneros, la imposición de la lengua nacional y la aplicación de un currículo escolar uniforme. Muchos Estados pretendieron que luego de una o dos generaciones, se superaría el “problema indígena” porque estas poblaciones estarían completamente asimiladas a la cultura mayoritaria de sus países.

La otra ruta que señala Stavenhagen, es la del crecimiento económico: asumir que si la economía global crece, las economías nacionales harán lo mismo, y tarde o temprano las poblaciones indígenas (como otros segmentos “pobres”) obtendrían los beneficios deseados; propuesta que, a su criterio, es sumamente perjudicial para los intereses estratégicos de los pueblos indígenas, a pesar de que puedan conllevar mejoras para pequeños grupos en el corto plazo.

Finalmente, analiza la propuesta de “desarrollo con identidad”, esfuerzo que considera saludable, pero cuyos resultados tangibles han sido más bien modestos. Critica a esta propuesta porque convierte a los indígenas en “objeto” más que en sujeto de las políticas que deberían beneficiarlos. En el balance final del relator, solo el reconocimiento de la autonomía y la libre determinación como derechos humanos de los pueblos indígenas, permitirán resolver definitivamente este “problema indígena”.

1.1.1. La institución de la tutela como primer referente de los derechos indígenas

En el continente americano, la denominación de los originarios como “indios” data de épocas coloniales; de allí que “lo indígena” aludía a todo lo relativo a estos pueblos y era un término de uso compartido entre las potencias europeas presentes en América. La configuración del concepto de “indígena” -ya no como un adjetivo, sino como una categoría que encierra

a una diversidad enorme de sociedades en el mundo entero- se consolida en la Conferencia sobre África, realizada en Berlín entre 1884 y 1885 por las potencias asentadas en el continente africano. El término “indígena” es oficializado por estas potencias para distinguir a los ciudadanos que viven bajo sus regímenes coloniales; sobre los cuales tenían “una misión sagrada de civilización”; conforme al “Pacto de las Sociedades y Naciones” suscrito en dicha Conferencia.

Luego de culminada la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones (1919), incorporó al derecho internacional otra fórmula jurídica y política para justificar el derecho a la soberanía de los pueblos y, por ende, para reconocer la legitimidad de algunos para constituir un Estado. Si hasta entonces el discurso jurídico de soberanía se basaba en distinciones culturales (pueblos “civilizados” versus pueblos “bárbaros”), la Sociedad de Naciones propuso que el reconocimiento de la soberanía responda a una categoría económica, distinguiendo entre los pueblos “adelantados” y los “atrasados”; conceptos que, con el advenimiento de la ONU en 1945, serían reemplazados por “desarrollados” y “subdesarrollados”.

Se creó entonces una justificación para que aquellos pueblos considerados “atrasados” quedaran sujetos a la tutela de aquellos países que vencieron en la Primera Guerra Mundial. Los artículos 22 y 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones consagraron esta fórmula y le dieron juridicidad al proceso de integración de las poblaciones nativas de los países colonizados al modelo de sociedad europea. Los pueblos a ser tutelados serían aquéllos “aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno”, y era deber de las naciones europeas el garantizar un “tratamiento equitativo” a los pueblos nativos de los territorios colonizados. La ONU ratificó esta doctrina de la tutela, mediante los artículos 73 y 74 de la Carta de la ONU.

Estando vigente este marco conceptual, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se constituía como la primera entidad del sistema de las Naciones Unidas que incorporaba el debate sobre las condiciones de vida de las poblaciones indígenas y tribales en el mundo. Esto se debió a su rol como garante de las adecuadas condiciones laborales, que llevó a la OIT a sumar diversos Convenios y Recomendaciones que se vinculaban con la temática indígena (sobre esclavitud, trabajo rural, discriminación en el empleo, entre otros temas). Finalmente produjo un esfuerzo de codificación, un primer cuerpo normativo íntegramente destinado a proteger a los pueblos indígenas, el Convenio 107-OIT, “Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes”, de 1957.

Este Convenio respondió a un enorme vacío jurídico en el sistema internacional. Se había regulado hasta entonces la institución de la “tutela” sobre los pueblos nativos por parte de Estados extranjeros, tratándose de colonias o estados semicoloniales. Pero ¿qué hacer con aquellos pueblos originarios que vivían en una situación similar, dentro de los Estados independientes que los habían incorporado como parte de su población?

Es así que el Convenio 107-OIT surge aún influenciado por esta misma lógica de la tutela del “desarrollado” sobre el “atrasado”, pero para aplicarse dentro de los países independientes. Aun cuando es una norma destinada a proteger a los indígenas, expresa esa visión integracionista y asimiladora que señala Stavenhagen. Este enfoque explica que el Convenio 107-OIT aluda a los indígenas solo como “poblaciones” y asuma su condición indígena como un estadio por superar. Con una perspectiva abiertamente civilizatoria, el documento trasluce la

meta de asimilarlos a la cultura dominante en sus sociedades, para que obtengan los mismos derechos que el resto de la población a un mediano plazo.

Este enfoque asimilador y paternalista ha marcado poderosamente el devenir de las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas. Pese a que ya ha sido rebatido en el ámbito teórico-normativo, se mantiene como criterio orientador de políticas y acciones estatales hasta hoy en día.

1.1.2. El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho: Nuevo esquema de relaciones con los Estados.

Durante las últimas décadas del siglo XX, se produjeron diversos cuestionamientos sobre este enfoque integracionista en el seno de la asamblea de las Naciones Unidas. Un hito particularmente relevante para el cambio de perspectiva del derecho internacional en torno a este tema se produce con el “Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas”, encargado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en 1971 a un grupo de especialistas dirigidos por el ecuatoriano José Martínez Cobo y presentado entre 1981 y 1983 a la Comisión de Derechos Humanos. El documento, conocido como “Informe Cobo”, analizó las causas profundas de la discriminación secular de este segmento de la población mundial e impulsó un giro sin retorno en el debate jurídico sobre el tema. Basta resumir que el informe define a los indígenas como:

() comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

Es importante tomar nota de que este proceso de debates dentro de ONU se relaciona con el trabajo de incidencia de las incipientes organizaciones indígenas internacionales y de diversas entidades de cooperación. Ya en 1977, se produjo una Conferencia de Organizaciones No-Gubernamentales sobre la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas, que concluyó con un proyecto de “Declaración de Principios para la Defensa de las Naciones Indígenas y los Pueblos del Hemisferio Occidental”. Más adelante, en 1981, la ONU decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en el ámbito de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías. El Grupo de Trabajo mantenía reuniones anuales en forma de conferencias abiertas donde fue permitida la participación de líderes indígenas. Es en este foro, que se profundizan los debates iniciados por el “Informe Cobo” y se establecen nuevos parámetros del derecho internacional que luego se expresan en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En ese marco, la OIT inicia un proceso de revisión del Convenio 107-OIT en 1986, que da como resultado la adopción del Convenio 169-OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Aunque formalmente es una “revisión” y mantiene por tanto la estructura de su predecesor, el Convenio 169-OIT consagra una nueva orientación normativa sobre lo indígena que puede resumirse en cuatro ideas centrales:

- Los pueblos indígenas son sujetos colectivos con derecho a existir y perdurar. Se definen por su preexistencia a los Estados en que habitan, la mantención de sus instituciones y/o su auto identificación como indígenas. Un elemento primordial es que son pueblos que han estado o están sometidos a condiciones que limitan su pleno desarrollo frente a otros grupos étnicos en los países en que habitan.
- Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos sobre los territorios que habitan o utilizan. Este derecho rebasa el concepto jurídico tradicional de propiedad como relación de dominio y disposición sobre los bienes. Cuando se habla de “territorios o tierras” sobre la que ejercen “propiedad colectiva”, se establece un derecho transgeneracional e integral de estos pueblos sobre sus hábitats.
- El Convenio hace obligatoria la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas. Asimismo, establece la concertación entre Estado e Indígenas como la única vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentran estos pueblos.
- Dispone, al igual que su antecesor, una serie de medidas destinadas a enfrentar o solucionar la situación de exclusión o discriminación en que se encuentran estos pueblos en cuanto al goce efectivo de todos sus derechos (civiles, sociales, económicos, culturales).

Se aprueba entonces el primer instrumento jurídico autoaplicativo¹ que reconoce a los indígenas como “pueblos”, buscando revertir contextos históricos diversos, en los que se han visto privados del reconocimiento como tales, quedando en relación de desventaja u opresión frente a otros pueblos o segmentos en sus respectivos países. En ese marco, cabe recordar lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 1° del Convenio N° 169 de la OIT:

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Con ello, este Convenio pretende desvincularse de procesos de independización de algunos pueblos, pues ello supondría la promoción de una reducción de la soberanía de los Estados que se han constituido como parte en él. Para algunos, esto supuso un avance pero también un retroceso en el marco de la libre determinación de estos pueblos. Para otros, aun en este marco, supone una oportunidad de mayor y concreta autonomía para dichos pueblos; claro está, sin fines secesionistas.

En todo caso, podemos afirmar que el Convenio 169-OIT incorpora la concertación como elemento central en la relación entre Estados y pueblos indígenas, y la consulta deviene en un elemento consustancial de este nuevo enfoque.

1 Según el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento 3 de su Sentencia recaída en el Expediente N° 01893-2009-PA/TC se prevé que las Normas Autoaplicativas “() pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos.”

Así, aunque es un derecho en sí mismo, la consulta es, fundamentalmente, el medio para materializar el conjunto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, el CEACR de la OIT ha señalado que: “las disposiciones sobre consulta son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”.

1.1.3. La declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Luego de aprobado el Convenio 169-OIT, se inicia un período intenso de incidencia internacional sobre la temática indígena desde las Naciones Unidas: se aprueba el Primer y Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, se crea el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, se designa una Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y se crea el Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones Indígenas.

Finalmente, el 13 de setiembre del año 2007, la ONU aprueba una Declaración sobre el tema, la cual, por su naturaleza, no tiene carácter autoaplicativo, pero se constituye en un documento programático, orientador. En ella se da cuenta de un enfoque que se va consolidando en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, al reconocer a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, es decir a elegir libremente su modelo económico y social; aunque esta libre determinación no implica la plena soberanía política, dado que expresamente señala que los pueblos indígenas no podrán separarse de los Estados a los que pertenecen actualmente.

Podemos graficar en el siguiente esquema la evolución de los derechos indígenas en el sistema internacional y su relación con los Estados:

Doctrina	Sustento Jurídico	Objetivo
Tutela	Pacto de la Sociedad de Naciones (1919). Carta de la ONU (1945)	El Estado representaba y decidía por los pueblos indígenas.
Integración	Convenio 107 de la OIT (1957)	Se buscaba la cooperación de los pueblos indígenas para implementar las políticas y normas.
Participación	Convenio 169 de la OIT. (1989)	Son pueblos con derecho a la participación y consulta como medio para buscar y lograr consensos.
Libre determinación	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los PP.II. (2007)	Necesidad del consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

1.2. Pueblos indígenas en América Latina

() al independizarnos de España, hace doscientos años, quienes asumieron el poder en las antiguas colonias, en vez de redimir al indio y hacerle justicia por los antiguos agravios, siguieron explotándolo con tanta codicia y ferocidad como los conquistadores, y, en algunos países, diezmándolo y exterminándolo. Digámoslo con toda claridad: hace dos siglos la emancipación de los indígenas es una responsabilidad exclusivamente nuestra y la hemos incumplido. Ella sigue siendo una asignatura pendiente en toda América Latina. No hay ninguna excepción a este oprobio y vergüenza².

Paradójicamente, fue en la época colonial cuando se reconocieron autoridades con relativo control territorial en los “pueblos de indios” de las Américas, claro está, subordinadas a las decisiones de la Corona, pero con capacidad para mantener sus “usos y costumbres” y para resolver los conflictos entre indios. Con el advenimiento de las revoluciones criollas, las repúblicas independientes adoptan formalmente el constitucionalismo liberal, el proyecto de Estado-Nación y el enfoque de los derechos individuales.

Los nuevos Estados asumieron como suyo el territorio habitado por los pueblos originarios, incluso de aquellos que no habían sido conquistados con las antiguas colonias, como es el caso de muchos territorios amazónicos. Pero los indios no fueron considerados en el nuevo diseño estatal, el objetivo era controlarlos, asimilarlos o, en algunos casos, eliminarlos. Las políticas fueron diferenciadas, de acuerdo con el grado de poder o control territorial que conservaban estos pueblos originarios. Así:

- Sobre aquellos pueblos que durante la Colonia estuvieron reducidos a “pueblos de indios”, se asumió la estrategia de “convertirlos en ciudadanos”, lo que conllevó la disolución de sus tierras colectivas en parcelas, la desaparición de sus autoridades y la eliminación de su derecho propio.
- En el caso de aquellos indígenas que no habían sido sometidos durante las colonias, pero mantenían tratados de convivencia con la Corona, se les consideró como “naciones bárbaras”, para justificar su sometimiento y anexión territorial, desconociéndose los tratados previos.
- A los pueblos que no habían sido colonizados y con los cuales tampoco se había firmado tratados en la era colonial (como los de la Amazonía o la Orinoquía), las constituciones liberales los definieron como “salvajes e infieles”. Se aplicaron sobre ellos diversas políticas de colonización, mediante misioneros o ampliación de la frontera agrícola. Estos pueblos fueron reducidos a poblados, resguardos o territorios sujetos a legislación especial y tutela estatal o eclesial.

Gran parte de la colonización amazónica se produjo por oleadas extractivistas de actores privados, que conllevaron esclavitud, desplazamiento o eliminación de pueblos enteros; la más emblemática de las cuales se produjo en la era del caucho.

2 VARGAS LLOSA, Mario. “Elogio de la lectura y la ficción”. Discurso Nobel, Estocolmo, 7 de diciembre de 2010. Disponible en: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/2010/vargas_llosa-lecture_sp.pdf

Coincidente con el proceso de debates en el seno de la OIT, a partir de la segunda década del siglo XX se inician en América Latina los cambios constitucionales sobre los derechos indígenas. Era evidente el fracaso del proyecto de integración basado en las parcelas individuales; lo único que se había expandido eran los latifundios y la servidumbre indígena. Además, ya se habían generado los primeros levantamientos indígenas demandando tierras y existían intelectuales indigenistas que denunciaban sistemáticamente los abusos sobre estos pueblos.

La Constitución Mexicana de 1917 inaugura la corriente del “Constitucionalismo Social”, y entre sus reformas incorpora la figura de la tenencia colectiva de la tierra, inspirando reformas similares en el resto del continente (incluida la Constitución peruana de 1920). Se asumió que “el problema indígena” estaba indisolublemente ligado a la tierra y esto se hizo expreso en 1940, luego del Congreso de Pátzcuaro en México, donde los Estados latinoamericanos definen “el problema indígena” como parte de un problema de exclusión, adoptando por ello políticas integracionistas mediante la creación del Instituto Indigenista Interamericano. Por supuesto, esta apuesta integracionista fue construida considerando a los indígenas como meros beneficiarios, incapaces de definir sus propios intereses y perspectivas de desarrollo.

Las reformas agrarias, producidas desde la década del 50, reconocen derechos sobre la tierra a los indígenas de las Américas. Empero, esto no implicó su reivindicación como “pueblos” o como sujetos políticos que deben expresarse en estructuras interculturales; simplemente se les consideró colectivos de campesinos con un régimen especial de propiedad sobre la tierra (“comunidades”, “sindicatos”, “cooperativas”, dependiendo del país). Los Estados diseñaron políticas agrarias y cooperativistas para integrar a los indígenas y ciertamente que estos se apropiaron en buena parte de este proceso, organizándose en centrales campesinas y en movimientos de corte campesino.

Apreciamos entonces que los procesos de formación de los Estados americanos fueron diseñados por élites criollas que no incorporaron lo indígena como elemento sustantivo en el momento de construir sus proyectos-nación. Hoy por hoy, esta deuda histórica sigue pasando factura a nuestras sociedades.

No obstante, América Latina y el Caribe son las regiones en que se ha registrado mayor cantidad de ratificaciones del Convenio 169-OIT. Pero, además, durante los últimos 30 años se han producido reformas constitucionales que han incorporado a su normativa disposiciones específicas sobre derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Raquel Yrigoyen³ ubica tres grandes períodos que dan cuenta de los enfoques constitucionales en torno a la promoción de los derechos indígenas:

- a) Un primer enfoque estaría marcado por las tesis del “multiculturalismo”, promovido por la Constitución de Canadá (Carta de los Derechos y Libertades de la Persona, incorporada a la Constitución en 1982), tesis que encuentra sus antecedentes a inicios de los años 70. Este enfoque se basa en el reconocimiento de los derechos culturales diferenciados y promoción de la diversidad cultural y religiosa, valorándolos

3 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y Retos de la Implementación de los Derechos los Pueblos Indígenas en Latinoamérica”. Pp. 10-12. Disponible en: <http://derechosindigenas.org.ar/index.php/component/search/raquel%20yrigoyen?ordering=&searchphrase=all>

como una parte sustantiva de sus identidades nacionales, pero el multiculturalismo no avanza hacia una redefinición del sistema político de sus respectivos países. Esta valoración de lo multicultural, es parte de una promoción de las libertades individuales y además está ligada fuertemente a la no discriminación. Muchas de las acciones en defensa de los pueblos indígenas se han orientado en función de esta perspectiva, que se mantiene muy presente en la mayoría de los operadores del derecho en nuestros países.

- b) Un segundo enfoque constitucional es el de los “derechos colectivos” y está presente en diversas constituciones de América, como la de Colombia, la de Argentina, o incluso la de Perú (en el aspecto puntual de la jurisdicción indígena). La influencia del Convenio 169-OIT se ha expresado en diversas nociones que se recogen en las constituciones americanas, como las de “pueblo indígena”, “auto-identificación”, “territorios tradicionales”, “autonomía”, “consulta”, “usos y costumbres”, “jurisdicción propia”, entre otras. Básicamente implica el reconocimiento de los indígenas como sujetos colectivos de derechos, no solo culturales, sino también políticos; ello conlleva ciertos niveles de autonomía sobre sus decisiones internas y la disposición de sus territorios. Ahora bien, en la mayoría de los países americanos, solo algunos de los derechos reconocidos en el Convenio 169 han sido plenamente incorporados en sus constituciones. Menor todavía es el número de los derechos adecuadamente implementados o desarrollados por la legislación interna. Más grave aún es que las autoridades estatales y la mayoría de operadores del derecho (con honrosas excepciones, Colombia en particular) desconocen los reales alcances y consecuencias de la aplicación de este enfoque y mantienen criterios paternalistas sobre lo indígena.
- c) El tercer y más reciente enfoque, es el de la “plurinacionalidad”, incorporado en las recientes reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia. Esto marca una redefinición del proyecto uni-nacional para que los indígenas no solo tengan autonomías internas, sino sean reconocidos en pie de igualdad con otros sectores, “naciones”, dentro de sus sociedades. Por supuesto que este enfoque se liga plenamente con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas recogida por la Declaración de Naciones Unidas el año 2007. Involucra reformas profundas en la estructura del Estado, que incluso en Bolivia se define como una refundación del Estado y se acompaña con un nuevo mapa político que incorpora los territorios indígenas.

Es muy reciente el cambio para evaluar los resultados concretos de dichas transformaciones políticas. Pero es interesante tomar nota de que incluso en estos países “plurinacionales”, se mantienen tensiones similares a las del resto del continente en cuanto al incumplimiento del derecho a la consulta previa y la presión estatal por desarrollar proyectos productivos o infraestructura en territorios indígenas.

2. EL DERECHO A LA CONSULTA, CONSIDERACIONES GENERALES

2.1. Elementos conceptuales del derecho a la consulta previa en el derecho internacional

Para abordar la temática de la consulta previa establecida como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, debemos identificar del otro lado a la obligación estatal de consultar, la que supone el deber del Estado de garantizar los derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena, u otro derecho esencial para su supervivencia⁴:

(...) 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 que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

En ese marco, creemos importante tomar nota de algunos elementos conceptuales previamente fijados en el derecho internacional que deben ser considerados en el contexto nacional. Proponemos abordar, de manera muy sucinta, los siguientes ítems:

- 1) La relación de los indígenas con sus tierras y territorios,
- 2) Las situaciones a las que se aplica la consulta previa,
- 3) Los participantes en la consulta,
- 4) El procedimiento de la consulta,
- 5) Los efectos y la ejecución de sus resultados

2.1.1. *Tierras y territorios indígenas*

La aplicación de la consulta previa está indisolublemente unida al reconocimiento de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Esta vinculación responde a la especial relación cultural, económica y espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, que se convierte en elemento constitutivo y garantía de los demás derechos colectivos.

4 CIDH, Sentencia del Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, fundamentos 166 y 167.

Aunque a simple vista, tierras y territorios de los pueblos indígenas parezcan sinónimos, es importante aclarar el sentido y alcance de cada uno de estos conceptos, dado que las diferencias entre ellos se reflejan en las fuentes del derecho internacional y en torno a los derechos y deberes que de allí se desprenden.

En general, el concepto de ‘tierras’ tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente como propiedades de una persona, sea esta natural (individual) o jurídica. Los pueblos indígenas, o más propiamente, las comunidades e incluso los indígenas individualmente considerados, pueden obtener diversas propiedades mediante adjudicaciones, compras o demás mecanismos del derecho civil.

El concepto de ‘territorio’ abarca componentes más difusos, definidos en virtud de usos y ocupaciones del espacio vital de un grupo humano. El Instituto iberoamericano de Derechos Humanos describió el territorio como: “un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado”.

Este espacio vital ha sido reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. El Convenio 169- OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que, *“al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*. Insiste en la aplicación de las provisiones del convenio a los territorios de los pueblos indígenas, resaltando que *“la utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*.

En ese sentido, las tierras indígenas (que incluyen al concepto de territorios), de gran importancia para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, implican que sus derechos colectivos cuenten con la oportunidad de desenvolverse de distinta manera, en la integridad de un espacio vital que puede estar conformado por un mosaico de conceptos basados en el dominio, uso o acceso a terminadas áreas geográficas, según lo pasamos a detallar y conforme a los artículos 13° y 14° del Convenio 169-OIT:

Conceptos vinculados	Derechos vinculados
Propiedad	Áreas geográficas reconocidas formal y oficialmente bajo el régimen de la propiedad, de acuerdo con el marco legal nacional, en función de las tierras que tradicionalmente ocupan.
Posesión	Áreas geográficas ocupadas tradicionalmente y que habitan o utilizan de alguna u otra manera formalmente prevista para ello. Ello puede suponer espacios sobre los que se reconoce, a determinado pueblo indígena o parte de él, un derecho de dominio excluyente que puede o no consolidar propiedad a futuro. En ese marco están los derechos formal y oficialmente previstos de posesión en estricto, concesiones para el acceso y/o aprovechamiento de recursos, cesiones en uso sobre determinados recursos naturales, etcétera.

Conceptos vinculados	Derechos vinculados
Tradicional acceso	<p>Áreas geográficas que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que se ha tenido ingreso o paso habitual o por costumbre para sus actividades tradicionales o de subsistencia. Esta posibilidad supone el acceso a áreas no reconocidas formalmente en propiedad ni en posesión, pero que puede consolidarse:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De facto, mediante la costumbre desarrollada en la relación del pueblo indígena (o parte de él) con terceros que también acceden a dicha área. En estos casos, tanto los miembros del pueblo indígena como los terceros, colectivamente reconocen el derecho de cada uno a tal acceso, con conciencia de obligatoriedad y basados en la práctica histórica o que se ha venido repitiendo a lo largo del tiempo. • Mediante herramientas de gestión ligadas al manejo de determinadas áreas. En el Perú, por ejemplo, previéndose en el Plan Maestro de un área natural protegida, mediante acuerdos entre el SERNANP y las comunidades campesinas o nativas a fin de evitar conflictos entre el objeto de conservación del área y sus derechos preexistentes a la creación de esta; bajo esta misma lógica, en los planes de relacionamiento comunitario que deben preverse en las concesiones forestales otorgadas a terceros sobre áreas de tradicional acceso a un pueblo indígena o parte de él.

Es muy alto el porcentaje de proyectos y medidas sujetos a consulta previa que pueden tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por esas razones, la mayoría de los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos y comunidades indígenas, y a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella⁵.

La CIDH ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres, las lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y, en general, todo el patrimonio cultural que se transmite de generación en generación en función del entorno ambiental.

En varias oportunidades, la Corte ha establecido que la relación entre comunidad y territorio es en sí mismo objeto de protección, afirmando que “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, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

5 CIDH, Sentencia del caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, fundamentos 146 y 147.

Es importante anotar el carácter colectivo de la “propiedad” de estos territorios y lo que de esto se desprende. Hay quienes asumen que siendo una “propiedad”, los territorios indígenas deben sujetarse a las reglas del derecho civil y entrar al mercado. Discursos como el de Alan García⁶ o el de Hernando de Soto⁷, tendientes a “poner en valor” las propiedades indígenas, ignoran que esta “propiedad colectiva” es un derecho sustancialmente diferente a una propiedad privada clásica.

Como bien establece Pedro García Hierro,⁸ los pueblos indígenas se han visto obligados a garantizar sus territorios dentro de los ordenamientos jurídicos occidentales, que no expresan adecuadamente el conjunto de las relaciones valorativas, culturales y socioeconómicas que los enlazan con su espacio vital. La única alternativa que ha posibilitado el derecho occidental para plasmar este vínculo, es reconocer que los indígenas tienen una relación de “propiedad” con sus territorios. Es así que se establece para ellos una “propiedad colectiva”, que goza de ciertos atributos y protecciones especiales, que ponen en cuestión el imaginario de las relaciones civiles entre “el dueño” y “el objeto”.

Por ello, existen limitaciones sustanciales para el ejercicio de los poderes del Estado en cuanto a la utilización productiva de los territorios indígenas. El Convenio 169-OIT es claro al afirmar que el territorio comprende la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de forma permanente o esporádica; aludiendo por “hábitat” a un espacio que goza de las condiciones apropiadas para la vida de una comunidad, respetando las diversas formas de relacionarse con la naturaleza que ha desarrollado cada pueblo.

La CIDH ha establecido al respecto: *“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.”*⁹

En la DNUPPII se utilizan diversas categorías y justificaciones ético-jurídicas para configurar el derecho al territorio. Así, en su preámbulo alude al derecho “intrínseco” (inherente) de los pueblos indígenas al territorio, es decir que el territorio es un elemento constitutivo del mismo sujeto de derecho. También hace mención al “despojo histórico” que sufrieron los pueblos por efecto de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos; lo que justifica su reapropiación y especial protección.

Podemos entender entonces que la territorialidad no es sólo un área delimitada y reconocida jurídicamente, sino que expresa un tejido social y cultural específico y único, una forma de convivencia entre la naturaleza, los seres humanos y sus sociedades, que se vinculan en un espacio geográfico concreto.

6 “El Síndrome del Perro del Hortelano”, Diario El Comercio, octubre del 2007.

7 “La Amazonia no es Avatar”, ILD, 2010.

8 “Marcando territorio”, Chirif, Alberto y García Hierro, Pedro, IWGIA, 2007.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Awas Tigni vs Nicaragua, fundamento 149.

Como ya señalamos, es un instrumento que debe garantizar la pervivencia física y cultural de los pueblos indígenas y brindarles condiciones para un desarrollo endógeno, con autonomía no solo política y cultural, sino también alimentaria y productiva.

2.1.2. ¿Qué situaciones ameritan la realización de una consulta?

El criterio general que establece el Convenio 169-OIT, es que toda decisión administrativa o política que pueda afectar a los pueblos indígenas debería ser previamente consultada por los Estados; es decir que no hay una delimitación total de las materias o situaciones a consensuar.

No obstante, cabe tomar nota de los diferentes temas que ya han sido taxativamente definidos como situaciones en que se pueden ver afectados los intereses indígenas y por ende son plausibles de consulta previa.

Así, tenemos que el Convenio 169-OIT señala que debe procederse a una consulta previa en los siguientes supuestos:

- Para decidir cuáles son sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo; los pueblos indígenas deben controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (Artículo 7.1).
- Cuando se formulan, implementan y/o evalúan los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7.1).
- Con respecto a cualquier medida que busque el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (Artículo 7.2).
- Cuando se realizan estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener incidencia sobre los pueblos indígenas (Artículo 7.3).
- Antes de tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios donde habitan los pueblos indígenas (Artículo 7.4).
- Antes de tomar decisiones de cualquier tipo acerca de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, cuando estos por ley pertenezcan al Estado (Artículo 15.1).
- Para determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras que ocupan o utilizan (Artículo 15.2).
- Para consentir un traslado excepcional de sus tierras o de acordar una restitución de tierras en el caso de que el retorno no sea posible (Artículos 16.2 y 16.4).
- Cuando se discuten sus facultades en torno a la enajenación de sus tierras o de los mecanismos para transferir de otra manera sus derechos sobre estas tierras a personas ajenas a sus comunidades (Artículo 17.2).
- Para disponer programas de formación adecuados (basados en su entorno económico, sus condiciones sociales, su cultura y sus necesidades concretas) si los existentes no

lo son (Artículos 22.2 y 22.3) a fin de determinar la organización y el funcionamiento de estos programas.

- Para desarrollar y aplicar programas y servicios de educación a fin de que estos respondan a sus necesidades particulares (Artículo 27).

La DNUPPII, además de generalizar el consentimiento según hemos comentado, establece nuevos supuestos donde se requiere la consulta, la participación y el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas:

- Cuando se adopten medidas para asegurar que los niños indígenas reciban educación en su propio idioma y en su propia cultura (Artículo 14.3).
- Para adoptar medidas destinadas a combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia y las buenas relaciones con los demás sectores de la sociedad (Artículo 15.2).
- Cuando se prevean medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo perjudicial (Artículo 17.2).
- Cuando se elaboren prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, especialmente en lo referido a la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan (Artículo 23).
- Al momento de establecer un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma (Artículo 27).
- Cuando se trate de elaborar programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de pueblos indígenas afectados por actividades contaminantes (Artículo 29.3).
- Antes de considerar la utilización de tierras o territorios indígenas para actividades militares (Artículo 30.2).
- Antes de adoptar medidas para reconocer y proteger los derechos sobre su patrimonio cultural (Artículo 31.2).
- Para determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras (Artículo 32.1).
- Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Artículo 32.2).
- Cuando se planifiquen iniciativas tendientes a reforzar los vínculos de aquellos pueblos divididos por fronteras nacionales (Artículo 36.2).

- Para adoptar las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, que permitan alcanzar los fines establecidos de la propia Declaración (Artículo 38).

2.1.3. ¿A quiénes se les considerará indígenas? ¿Quién los representa?

El derecho internacional no ha adoptado un concepto unívoco para definir a los pueblos indígenas. Sin embargo, sí ha establecido criterios para que se puedan identificar a los mismos¹⁰:

Criterio objetivo: aquellos pueblos que pre-existen a los Estados actuales y que en la actualidad conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida.

Criterio subjetivo: la autoidentificación como indígena de quienes han decidido reconocerse como tales.

Otra característica primordial para que un pueblo se defina como indígena, es la relación de desventaja con otros pueblos y con la sociedad mayor dentro de su respectivo país¹¹. Es obvio que un pueblo originario, que conserva sus instituciones y formas de organización, pero que además ha controlado o participado con equidad en el proceso de construcción de sus Estados y tiene pleno ejercicio de sus decisiones políticas, no requiere invocar la protección como “indígena”. *La idea de despojo, desatención, desconocimiento de derechos o negación de identidades, es el subtexto de todo el sistema de protección de los derechos indígenas.*

Para que la consulta sea efectiva y cumpla el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representen legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. Al respecto, el Convenio 169 señala que se debe “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”.

Ello pasa por facilitar y reconocer una conexión, un correlato entre el concepto descrito sobre pueblos indígenas líneas arriba y las instituciones sociales asumidas como tales en un país. Tales instituciones sociales, de carácter comunal o colectivo y con caracteres culturales especiales deben entenderse entonces como la expresión de un pueblo indígena en su integridad o, cuanto menos, como parte de él. Ello es lo que en principio debe ayudarnos a reconocer a las organizaciones o instituciones propias de estos pueblos llamadas a ejercer su representación en un proceso de consulta previa.

10 Convenio 169-OIT. Artículo 1°. *El presente Convenio se aplica: [...]*

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

11 Tal y como fue definido por el “Informe Cobo”, ya reseñado.

Ahora bien, aunque existe una clara orientación de reconocer a las instituciones sociales como entidades legítimas de representación para efectos de una consulta, este tema deviene en uno de los más complicados en términos de aplicación del derecho. La representación de los pueblos indígenas puede ser muy diversa, y la materia a consultar en algunos casos puede ser de interés puramente local y en otros no.

En ese sentido, si lo que se ha previsto es consultar a cada pueblo indígena mediante sus representantes conforme a sus costumbres y tradiciones, debemos señalar la posibilidad de que en algún país no se encuentre generalizada la representación por pueblo o etnia. Esto responde a toda una historia de las organizaciones y los procesos políticos, sociales, económicos, ambientales, etcétera, que han tenido que enfrentar.

Por ello, *la aplicación de la consulta directamente a las comunidades, a sus organizaciones intermedias o a las organizaciones nacionales indígenas, es un tema que se define caso por caso y que exige una mayor precisión en el desarrollo legal, considerando los procedimientos internos que debe prever cada país, dado que el Convenio 169-OIT es bastante laxo al respecto.*

Lo que sí está meridianamente claro es que, en ningún caso, el Estado puede imponer una representación o arrogarse la potestad de decidir sobre quién representa a los indígenas. La CIDH, en su sentencia sobre Saramaka vs. Surinam, señaló que “[...] *el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka para efectos de cumplir con varios de los puntos ordenados en la sentencia, y que los Saramaka[s] deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas [y reconoció que] es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien [el que] debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal*”.

2.1.4. Las condiciones y garantías para un adecuado procedimiento de consulta previa

La precisión en torno al desarrollo mismo de un proceso de consulta es materia de normas de orden interno dentro de los países que han suscrito el Convenio 169-OIT. El procedimiento deberá ser flexible, dependiendo de las condiciones y circunstancias de cada país o región, tal como lo manifiesta el Convenio 169-OIT, artículo 34°, al decir que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*

No obstante, sí se han establecido en el derecho internacional parámetros generales comunes a cualquier proceso de consulta, que limitan el ámbito discrecional que tienen los Estados sobre su implementación.

a) La “buena fe” en la realización de las Consultas

En el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, se establece que *“las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*. Asimismo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que *“los Estados celebrarán consultas*

y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten”.

El contenido del concepto de “buena fe” es bastante laxo, pero ha sido profundizado por los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Al respecto, el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en adelante el CEACR, ha establecido que *“el concepto de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”*¹²

b) La consulta debe ser previa a la medida o decisión

Sobre la oportunidad de la consulta, los pronunciamientos de distintos organismos internacionales coinciden en que ésta se desnaturaliza si no se lleva a cabo antes de tomar la medida o de realizar el proyecto que podría afectar a los pueblos indígenas. Así lo entendió el CEACR en sus recomendaciones al Estado peruano de los años 2008, 2009 y 2010. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades *“hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas”*.¹³

En relación con los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169-OIT como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación. Adicionalmente, la CEACR, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reforzado este punto, afirmando que la consulta debe hacerse antes de otorgarse las licencias ambientales u otorgar permisos sobre los proyectos que aprovechen recursos en sus territorios.

Respecto a los planes de desarrollo o inversión, el Convenio 169-OIT establece que los pueblos interesados tienen el derecho a participar en todas las fases de los planes y programas al respecto, lo que implica una participación previa a la realización de ellos. La Corte Interamericana, en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, estableció que los pueblos indígenas deben ser consultados *“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”*. A juicio de la CIDH, tal aviso temprano es importante, pues *“proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”*.

c) Los consultados deben contar con información adecuada

El derecho internacional ha sostenido el deber de brindar información completa a las comunidades consultadas. La CIDH ha establecido que el deber de consultar *“requiere*

12 Comentarios Individuales sobre Bolivia, 2005

13 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Caso Apirana Mahuika vs. Nueva Zelanda, párrafo 9.5.

que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”. Asimismo, ha dispuesto que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento”.

Sobre el particular, el Foro Permanente sobre Pueblos Indígenas de la ONU ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre [...] *a. la naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b. las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto, c. la duración del mismo; d. las áreas que serían afectadas; e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e. los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto.*

d) *La consulta debe ser culturalmente adecuada*

Otro factor central para que las consultas no se conviertan en mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos culturalmente adecuados. Si bien el Convenio 169-OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de “procedimientos apropiados”, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la OIT, mediante el CEACR, en sus observaciones individuales a Colombia en el 2004 y a México en el 2005.

En la primera observación, la CEACR afirmó que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. En el caso de México, la CEACR recomendó al Estado que determinara “*un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas*”. Por su parte, la Corte Interamericana también ha sostenido que los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados y según las “costumbres y tradiciones” de las comunidades consultadas.

Asimismo, las consultas deben “*tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [...] para la toma de decisiones*”. Si bien los pronunciamientos de derecho internacional no han establecido tiempos fijos dentro de los cuales se debe realizar la consulta, la cuestión temporal ha sido vinculada al respeto por las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas. La CEACR ha afirmado que “*una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales*”.

En su análisis de la realización de una consulta del pueblo u’wa por el Estado de Colombia, el CEACR afirmó que dada la desconfianza entre el pueblo y el Estado, la consulta no se agotaba con una reunión. Igualmente, un comité tripartito de la OIT encontró que la provisión de los tiempos necesarios para la toma de decisiones de una manera cultural y socialmente adecuada era un requisito fundamental de la con-

sulta. Por su parte, el informe del Foro Permanente sobre metodologías de consulta interpreta el término *previo* de tal forma que, para que una consulta sea previa, debe realizarse respetando los requisitos de tiempo que tengan los procesos comunitarios de consulta.

e) *La consulta como medio para llegar a un acuerdo*

Conforme al Convenio 169-OIT, la consulta debe tener como propósito la búsqueda de un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas sobre la materia consultada. Sobre este punto, por demás complejo, abundamos en el punto siguiente, pero cabe señalar previamente dos ideas elementales:

- Por un lado, ya existe un claro consenso internacional sobre el estándar mínimo relativo al procedimiento de consulta previa. Esta no puede ser concebida como un simple trámite para comunicar decisiones estatales o recoger percepciones en torno a hechos consumados. El proceso debe concebirse y desarrollarse como un verdadero diálogo intercultural orientado a buscar un consenso entre las partes. Esto conlleva que ambos partícipes del diálogo evalúen posibilidades, alternativas a las propuestas originales, mecanismos de conciliación, etcétera.
- Por otro lado, la consulta no debe ser concebida como un momento puntual o un procedimiento aislado. Los Estados tienen la obligación de generar condiciones adecuadas e institucionalidad sólida, para entablar diálogos permanentes y respetuosos con los pueblos indígenas. Al respecto, la CEACR ha establecido que la consulta prevista por el Convenio 169-OIT no se limita a un procedimiento en un caso preciso, sino que “tiene a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas”, lo cual supone “un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”.

2.1.5. *Efectos de la consulta y ejecución de sus resultados*

Está claramente señalado que los Estados tienen la obligación de realizar las consultas a los pueblos indígenas en las condiciones ya explicadas. Por aplicación de los principios generales del derecho -y del sentido común- existe la subsecuente obligación, de ambas partes, de cumplir con los consensos y acuerdos que resulten de estos procesos de consulta; máxime si es lo que se busca como objeto del proceso de consulta.

La polémica se instala sobre los supuestos en que no exista acuerdo o consentimiento sobre la medida o actividad propuesta por los Estados. ¿Existe un derecho al consentimiento previo, libre e informado como tal? ¿O el derecho se agota en el mecanismo de diálogo, quedando la decisión final a criterio de los Estados?

Sobre el particular debemos recordar lo previsto por el propio Convenio N° 169-OIT en sus artículos:

- 6° .2. *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.*

- 16°.2. “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

En ese sentido: “Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.” (Consejo de Administración de la OIT, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, pár. 89.).¹⁴

Asimismo, la CIDH en su sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam (2007) ha establecido que en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos (como pasa en los supuestos de traslados por la construcción de presas o ciertas actividades extractivas) no basta la búsqueda de acuerdos, sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado. Cabe recordar que la DNUPPII establece ciertos casos en los que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos para que el Estado pueda tomar ciertas decisiones dado que ellas son de alto riesgo para la integridad de los pueblos, como realizar desplazamientos poblacionales, actividades militares en territorios indígenas, almacenar residuos tóxicos, etcétera.¹⁵

Así, debemos afirmar que arribar a un acuerdo es un fin que siempre buscará, como resultado final de la consulta, la adopción de decisiones estatales que busquen respetar los derechos afectados, es decir, sin afectar al núcleo duro de los mismos; caso contrario los estaría desnaturalizando. Tales decisiones (que pueden suponer la concreción o la negación de la medida propuesta) pueden partir de:

- Un acuerdo total entre el Estado y el pueblo indígena consultado.
- El logro de acuerdos parciales respecto de la integridad de la medida que afecta directamente los derechos colectivos de algún pueblo indígena.
- La inexistencia de acuerdos como producto del proceso de consulta.

¹⁴ Citado por la misma autora, *Ibid.*

¹⁵ Se trata de los artículos 10°, 29°.2 y 32°.2 de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Fines de la consulta	Afectación a la que responde	Consecuencia en caso no se logre
<i>Llegar a un acuerdo</i>	Cualquier afectación directa a derechos colectivos indígenas por parte de una medida administrativa o legislativa.	Se puede adoptar la medida estatal propuesta, pero con salvaguardas motivadas y destinadas a respetar los derechos afectados.
<i>Lograr el consentimiento</i>	Igual, salvo porque es exigido, de manera especial y predeterminada, cuando se trata de impactos graves sobre los derechos afectados directamente. Se da en casos especificados en el marco jurídico internacional y nacional, los cuales se han establecido mediante el propio Convenio 169-OIT ¹⁶ y la jurisprudencia internacional.	La medida estatal puede concretarse siempre que se cumplan con requisitos adicionales que aseguren su ejecución adecuada. Así, no logrado el consentimiento, la medida no se podrá adoptar sino hasta que se cumplan dichos requisitos adicionales. En ese sentido, el no logro del consentimiento excluye la posibilidad del veto. Entre el no logro del consentimiento y la implementación de la medida deben entrar a operar, cuanto menos, la legislación especial que proteja determinado derecho fundamental mediante sus procedimientos particulares ¹⁷ (tierras -propiedad-, desplazamientos, etcétera), y la realización de encuestas públicas.

De otro lado, debemos rescatar una dimensión adicional que presenta la consulta. Esta no sólo debe ser entendida por los fines que persigue como procedimiento, sino que es a la vez un requisito ineludible para que el Estado tome una decisión determinada.¹⁶

Esto obedece al hecho de que el ejercicio del derecho a la consulta indígena supone su ejecución obligatoria por parte del Estado en caso se afecte directamente algún derecho colectivo de los pueblos indígenas, implementando procedimientos adecuados en torno a los fines ya mencionados. Si la implementación no se lleva a cabo, la medida adoptada podrá ser impugnada como inválida: una medida de carácter administrativo podrá ser tachada de nula, y una legislativa podrá ser calificada como inconstitucional.¹⁷

16 Así, por ejemplo, frente a un traslado poblacional, el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo en cuestión; supuesto previsto en el artículo 16°.2 del Convenio 169-OIT.

17 Ello, en su caso, puede suponer la sujeción a mayores consensos políticos sobre la medida que afecta un determinado derecho fundamental de algún pueblo indígena, debiendo someterse a determinados procesos parlamentarios en las correspondientes Asambleas o Congresos nacionales (Parlamentos); ello dependerá de lo que se prevea en el marco legal de cada país.

3. DESARROLLO COMPARADO DEL DERECHO A LA CONSULTA

3.1. El derecho a la consulta previa en la República Plurinacional de Bolivia

Bolivia es signatario del Convenio 169-OIT desde 1991. Además, ha convertido la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en ley nacional. Cuenta con un nuevo marco constitucional, muy avanzado en materia de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. No obstante, como hemos señalado ya, no está exento de problemas similares a sus vecinos en cuanto a la aplicación del derecho a a consulta previa.

3.1.1. Legislación de Bolivia relativa al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas

La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, promulgada el 7 de febrero de 2009, plantea la refundación de la República de Bolivia como un Estado Plurinacional y constitucionaliza la consulta previa en su artículo 30°, inciso 15, estableciendo el derecho: *“A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”*.

En el artículo 352° de la misma Constitución se establece que *“La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.*

En el artículo 403°, parágrafo I), se dispone que *“Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza”*.

La Ley N° 1777 - Código Minero (1997), en su artículo 15° señala: “...las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Ley N° 1257 de 11 de julio de 1991 son aplicables al sector minero”¹⁸

El Reglamento de Consulta y Participación para actividades hidrocarburíferas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 29033 de 16 de febrero de 2007, señala en su artículo 1°: “El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones y procedimientos para el proceso de Consulta y Participación a los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso”.

Otras normas vinculadas a la consulta previa son:

- La Ley N° 1333 de 27 de abril de 1992, del Medio Ambiente, tiene por objeto la protección y conservación de medio ambiente y los recursos naturales.
- El Reglamento General de Gestión Ambiental - RGGA, en su Título VII, concordante con el Título X Capítulo I de la Ley 1333, establece la participación ciudadana en la gestión ambiental.
- El Reglamento de Prevención y Control Ambiental - RPCA, en su Capítulo IV del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental - EEIA.
- La Ley N° 3058 del 17 de mayo de 2005, en su Título VII, Capítulo I, Artículos 114 al 118; establece y reconoce los derechos a la consulta y participación a los pueblos campesinos, indígenas y originarios.

Por consiguiente, el derecho se encuentra bastante avanzado en cuanto a normativa interna. No obstante ello, se están desarrollando aun reformas legislativas en el marco de la transformación de Bolivia en un Estado plurinacional que de seguro modificarán la situación de la consulta previa en los próximos años.

3.1.2. Implementación del derecho a la consulta previa en Bolivia

Algunos casos recientes grafican, de manera muy clara, el grado de cumplimiento del derecho a la consulta a los pueblos indígenas en Bolivia:

3.1.2.1. Petroleras en territorios indígenas guaraníes

Presencia inconsulta de empresas petroleras (Maxus, *Tecpetrol*, Petrosur, Proyecto GASYRG) en las comunidades de Tentayapi, Iviyeka, Itatiqui, entre otras. Las actividades involucran el gasoducto Yacuiba - Río Grande, que ha producido una importante deforestación y según denuncias indígenas, contaminación de las aguas.

¹⁸ Este Código de Minería deberá ser cambiado prontamente para adecuarse a la nueva Constitución. Yahay un proyecto en etapas finales del debate. Es interesante acotar como, aun dentro del marco de la constitución anterior, se establece sin reparos la plena aplicación de la consulta en materia de concesiones mineras.

3.1.2.2. *Reactivación del complejo hidrometalúrgico de Corocoro en territorio ancestral de Jacha Suyu Pakajaqi*

En junio de 2008, COMIBOL y la coreana Kores firmaron un contrato de riesgo compartido para la explotación de Corocoro con una inversión de 200 millones de dólares. El contrato permite obtener al Estado boliviano el 55 % de las utilidades del emprendimiento y Kores un 45 %. De acuerdo con la política del Gobierno nacional, el proyecto se inscribe en la generación de valor agregado y descarta la venta únicamente de materia prima.

El 27 de octubre de 2010 los afectados por esta actividad minera se constituyeron en el Parlamento Nacional, apoyados por CONAMAQ, para manifestar su rechazo al proyecto que no fue consultado y además no ha previsto mecanismos adecuados de protección ambiental. Otras organizaciones, por el contrario, apoyan al Gobierno en el desarrollo del proyecto, creando serios conflictos en el seno de las comunidades.

3.1.2.3. *Problema en el territorio ancestral de Charkas (mina aurífera de Amayapampa)*

Desde fines del año 2010, la Empresa Buena Vista S.A. - filial de la Australiana Republic Gold Limited (GRL) - ha reactivado las actividades de esta mina, con una producción estimada de 80 a 100 mil onzas anuales de oro. La explotación se realizará a cielo abierto y por un periodo inicial de 10 años. Tampoco en este caso se ha cumplido con el proceso de consulta previa a los afectados.

3.2. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en el Brasil

El Convenio 169-OIT fue ratificado por Brasil recién el 2002 y entró en vigencia en junio del 2003. La ratificación se demoró principalmente porque los legisladores cuestionaban el uso del término “propiedad”, puesto que en la Constitución brasileña se reconoce a los indígenas únicamente la posesión permanente de tierras, que son de propiedad de la Unión Federativa del Brasil.¹⁹

En cuanto al rango normativo del Convenio en Brasil, la Constitución determina que un tratado internacional tiene jerarquía de ley ordinaria. Sin embargo, la propia Constitución también determina que los derechos y garantías expresamente recogidos en su texto no excluyen aquellos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el país. El Supremo Tribunal Federal de Brasil ha interpretado entonces que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos tienen jerarquía superior a la de una ley ordinaria.

19 Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, artículo 231, inciso 1°: *Son tierras tradicionalmente ocupadas por los Indios las por ellos habitadas en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles a la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y las necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.* (Traducción no oficial)

3.2.1. Legislación del Brasil en torno a la consulta previa a los pueblos indígenas

Un dato interesante es que el derecho de consulta a los pueblos indígenas en Brasil no se incorpora mediante el Convenio 169-OIT, sino que fue consagrado por primera vez en su Constitución Federal de 1988 mediante el Parágrafo 3° del artículo 231.²⁰ En esta norma se determina que el aprovechamiento de los recursos hídricos, así como la prospección y la exploración de los minerales en tierras indígenas, sólo pueden ser realizadas con la autorización del Congreso Nacional, el cual, a su vez, tiene el deber (y la competencia exclusiva) de consultar a las comunidades potencialmente afectadas antes de autorizar tales proyectos.

Posteriormente, con la ratificación del Convenio 169-OIT, el derecho de consulta se convierte en un principio general, el cual se debe ejercer en los ámbitos legislativo y administrativo, extendiéndolo además a los quilombolas y las comunidades tradicionales de Brasil.

La jurisprudencia brasileña ya aclaró que la consulta prevista por la Constitución debe darse antes de que sea decidida la ejecución de un proyecto, y que debe ser ejecutada en el área afectada por la medida propuesta, y con el propósito de condicionar la decisión que va a ser tomada.

El CEACR, a su vez, entiende que el Estado debe establecer relaciones de diálogo con los pueblos interesados lo más temprano posible, incluso en la elaboración de estudios de impacto ambiental.

3.2.1.1. El Estatuto de los Pueblos Indígenas

El Proyecto Legislativo 2.057 (Estatuto de los Pueblos Indígenas) se tramita en el Congreso brasileño desde 1991. Esta norma reglamentaria debería establecer mecanismos para implementar las disposiciones constitucionales sobre la relación del Estado con los pueblos indígenas, sustituyendo la vigente Ley 6.001, de 1973 (Estatuto del Indio), de corte paternalista e integracionista. A estas alturas, dicho estatuto debería adecuarse no solo a la nueva Constitución, sino además al Convenio 169-OIT, conforme ha recomendado el CEACR en diversas comunicaciones al gobierno.

3.2.1.2. El Proyecto de Ley sobre minería en tierras indígenas

Este Proyecto de Ley busca determinar las condiciones bajo las cuales el Estado permitirá la exploración de los recursos del subsuelo en tierras indígenas (incluyendo a hidrocarburos). Fue aprobado en la Cámara de Senadores en 1996, enviado a la Cámara de Diputados, donde está pendiente de aprobación.

20 Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988; artículo 231, inciso 3°: “El aprovechamiento de recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la exploración y la explotación de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuados con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, garantizándoles participación en los resultados de la exploración en la forma de la ley”. (Traducción no oficial)

3.2.1.3. *El Proyecto de Ley Forestal*

La elaboración del nuevo código forestal brasileño se inició mediante el Proyecto de Ley N° 1876/99. Este Proyecto de Ley busca regular el uso de la tierra y de los recursos forestales en todo el país. El texto aprobado en la Cámara de Diputados incluye medidas dañinas para los pueblos indígenas, pues la regulación del acceso, usos, recuperación y conservación de los bosques en los que viven, facilita la reducción en áreas especiales de protección, establece una moratoria para la eliminación de la cobertura boscosa y fija un periodo de amnistía a productores que deforestaron ilegalmente hasta julio de 2008.

Este proyecto ha sido vetado parcialmente por la presidenta Dilma Rousseff, quien observó doce de sus ochenta y cuatro artículos. Entre ellos, los relacionados a la reducción de áreas de protección y la amnistía para productores que deforestaron. El proyecto ha retornado al Congreso, no obstante dicho veto parcial no ha satisfecho a ambientalistas y pueblos indígenas que solicitaban su veto total.

3.2.2. *Situación de la implementación del derecho*

Una de las primeras medidas de Luiz Ignácio “Lula” da Silva fue la ratificación del Convenio 169 de la OIT; se esperaba un giro en la política de demarcación de tierras indígenas y en la protección de sus recursos naturales, además de un nuevo sistema de relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. No obstante, los conflictos por la tierra se generalizaron en todo el país: Mato Grosso, Pernambuco, Bahía, Roraima.

En el período de Lula se creó la Comisión Nacional de Política Indigenista -CNPI²¹, se aprobó la Agenda Social de los Pueblos Indígenas y un Plan de Aceleración del Crecimiento Indígena, con el objetivo de delimitar sus territorios, recuperar las áreas indígenas degradadas, fortalecer las lenguas en peligro de extinción y “llevar los beneficios del Gobierno federal a todas las aldeas y a la población indígena urbana del país, fortaleciendo a las organizaciones indígenas para el ejercicio del control social de las acciones gubernamentales”. Además, se aumentó el presupuesto de la FUNAI.

Pero el descrédito gubernamental por la vulneración de derechos indígenas no pudo revertirse con nada de esto, pues al mismo tiempo se anunció la privatización de 90.000 hectáreas de la Amazonia; acentuó su política de agro-combustibles (etanol) que dificultaba aún más las posibilidades de delimitación de los territorios indígenas; el Congreso de Brasil iniciaba la discusión de un proyecto de ley para regular la minería en las tierras indígenas, rechazado por la mayoría de las organizaciones de los pueblos originarios por afectar a sus actividades tradicionales de caza, pesca y agricultura.

3.2.2.1. *El caso del Complejo Juruena*

“Complejo Juruena” es el nombre por el cual es conocido el proyecto que prevé la construcción de una serie de pequeñas centrales hidroeléctricas (PCH) entre las cabeceras del río

21 De la que formaban parte 20 dirigentes indígenas de diferentes regiones del país, 12 integrantes del Gobierno y dos de organizaciones no gubernamentales.

Juruena y el río Juína, en el estado de Mato Grosso (MT), en una extensión de 287,05 km. En 2002, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica autorizó la exploración de once de estas plantas hidroeléctricas en un trecho inferior a 130 Km. a lo largo del río; y la Secretaría Estadual del Medio Ambiente del MT emitió Licencia Previa Ambiental y Licencia de Instalación para ocho de estas plantas sin contar siquiera con un Estudio de Impacto Ambiental.

A lo largo de la Cuenca del Alto Juruena existen once territorios indígenas cuya población depende del ciclo hidrológico del Río Juruena. Además, para por lo menos uno de estos pueblos, el río constituye un elemento central en su percepción cosmológica. Pese a que el Diagnóstico Antropológico y de Patrimonio Arqueológico, Histórico y Cultural elaborado por los emprendedores indica la afectación directa e indirecta del Complejo Juruena sobre los pueblos aldeanos al proyecto, ninguno de estos pueblos fue consultado.

A pesar de que un Tribunal Regional ordenó suspender las obras iniciadas hasta que fuesen cumplidos todos los requisitos sociales y ambientales necesarios (en este caso el cumplimiento del artículo 231, párrafo 3º de la Constitución Federal), la construcción de las hidroeléctricas se inició y los pueblos indígenas están extremadamente preocupados con los impactos que el Complejo puede traer a sus vidas.

3.2.2.2. *Caso Belo Monte*

En el gobierno de Lula se aprueba la construcción de lo que será la tercera central hidroeléctrica más grande del mundo en el estado amazónico de Pará “Belo Monte”; luego de veinte años de discusión, dado su gran impacto ambiental y social, por el cual se oponen tanto indígenas como ribereños.

En ese marco, la CIDH solicitó al Estado brasileño, el 1 de abril de 2011, que se suspenda la realización de esta obra, por atentar contra la vida, salud, cultura y derecho de consulta de los pueblos indígenas de la zona; sin embargo, la respuesta fue la amenaza de Brasil de retirarse de la competencia de la Corte Interamericana, y el pronunciamiento crítico del mismísimo Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, frente a la recomendación de la CIDH.

Con ello, el proyecto de construcción de la represa se inició en junio de 2011 y continuó hasta que en agosto de 2012, momento en el que escribimos estas líneas,²² un Tribunal Federal brasileño dispuso la suspensión de dicha construcción alegando que no se ha cumplido con consultar debidamente a las comunidades indígenas, de manera que se debe cumplir con que estas comunidades sean escuchadas en el Congreso antes de la ejecución de la obra.

3.3. El derecho a la consulta previa en Colombia

Colombia es el país latinoamericano con mejor desarrollo normativo y jurisprudencial en materia de aplicación del derecho a la consulta. Los fallos de su Corte Constitucional son referentes obligados de todos aquellos vinculados a la temática indígena.

22 BBC Mundo. “Corte brasileña detiene el proyecto hidroeléctrico de Belo Monte”. Miércoles 15 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2012/08/120814_ulnnot_brasil_represa_corte_jgc.shtml

No obstante ello, existen numerosos conflictos sociales por inaplicación de estos derechos tan bien establecidos. Entre los casos más controvertidos sobre consulta previa en Colombia, destacan el enfrentamiento con el pueblo U'wa por la explotación petrolera en su territorio ancestral; el pueblo Embera Katío por la represa de Urrá en el río Sinú; el conflicto con el pueblo Bari por la explotación petrolera; el de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta por la represa del Río Ranchería. Más recientemente se han presentado protestas contra las exploraciones mineras, en el cerro Usa- Kirrandarra.

3.3.1. Legislación colombiana sobre consulta previa a los pueblos indígenas

La Constitución Política de 1991, conforme a los principios previstos en los artículos 1º, 2º y 7º, establece:

Artículo 1.- “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Artículo 2.- “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Artículo 7.- “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Hasta aquí, el marco constitucional es genérico; pero también existe un reconocimiento expreso del derecho a la consulta previa, en el parágrafo del artículo 330º de la Constitución Política:

“PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

Esta norma constituye el reconocimiento constitucional de lo establecido con antelación en el Convenio 169-OIT, que Colombia ratificó y aprobó mediante Ley 21, de 1991. De esta manera adecuó su marco constitucional al mandato principal del Convenio.²³

Colombia estableció además un reglamento para realizar la consulta previa, en 1998, cuando la Corte Constitucional ya había establecido jurisprudencia sumamente relevante en torno a la aplicación de este derecho.

23 Similar al caso del Perú, coinciden en el tiempo la dación de una nueva Constitución y la aprobación del Convenio 169-OIT. Sin embargo, son muy diferentes los resultados, pues aunque nuestro Congreso Constituyente Democrático fue el mismo que ratificó el Convenio, el texto constitucional que produce no se adecua casi en nada (salvo en el tema de jurisdicción indígena) a los avances que esta norma internacional establece.

Es así que se aprueba el Decreto N° 1320 de 1998; mediante el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Este decreto establece los requisitos y procedimientos para realizar la consulta previa en los siguientes casos: a) en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental; b) frente al documento de evaluación y manejo ambiental; c) en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

En este reglamento también se definen las competencias en materia de consulta de los diferentes actores involucrados en el proceso. Con respecto a los estudios ambientales, el Decreto 1320²⁴ establece que el responsable del proyecto debe elaborarlos con la participación de los representantes de las comunidades a través de sus representantes legales (cabildos en el caso de los pueblos indígenas y juntas del consejo comunitario en el caso de las comunidades negras), o de sus autoridades tradicionales.

En relación con el ámbito territorial de la consulta previa, el citado decreto precisa que ella debe realizarse cuando los proyectos pretendan llevarse a cabo dentro de los territorios indígenas o de comunidades negras reconocidos jurídicamente, es decir, dentro de los resguardos indígenas o de los territorios titulados colectivamente a los afrocolombianos. Sin embargo, contempla la posibilidad de que también se realicen consultas cuando los proyectos en cuestión se realicen en zonas habitadas regular y permanentemente por estos pueblos y comunidades, es decir, en el territorio tradicional, aunque no esté titulado.

Vale la pena mencionar también a los Decretos 1396 y 1397 de 1996, por los cuales se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. Esta Mesa Permanente tiene por objeto concertar entre los pueblos indígenas y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, y hacer seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que allí se pacten. De esta manera se avanza también en lo relativo a la concertación de políticas vinculadas a los pueblos indígenas, conforme establece el artículo 7 del Convenio 169-OIT.

Así también, otras normas se relacionan con el derecho a la consulta previa. No pretendemos analizarlas en detalle, pero dejamos constancia de ellas:

- La Ley N° 99 de 1993, que crea el MINAM.
- La Ley N° 685 de 2001, sobre zonas mineras indígenas.
- El Decreto N° 1220 de 2005, que reglamenta el Título VIII de la Ley N° 99 de 1993 en lo referido a licencias ambientales.
- El Decreto N° 500 de 2006, que modifica el Decreto N° 1220 de 2005.

3.3.2. Aplicación del derecho a la consulta previa en Colombia

Hasta inicios del 2010, en Colombia se han realizado 121 procesos de consulta previa, la mayoría de ellos en pueblos indígenas (83). El sector en el que más procesos se han realizado es el de hidrocarburos, seguido por el de infraestructura.

²⁴ En un anexo incorporamos el cuadro general con las competencias generales establecidas por este reglamento para cada entidad estatal en torno al proceso de consulta previa

Los temas materia de la consulta son los siguientes:

- Reformas constitucionales.
- Medidas legislativas.
- Medidas administrativas.
- Medidas políticas.
- Delimitación de las zonas mineras en territorios indígenas.
- Proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables.
- Licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades.
- Permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Adopción de los regímenes especiales de manejo.
- Aprobación de los Planes de Manejo Ambiental.
- Procesos de investigación científica (recursos biológicos: colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación de recursos, movilización).
- Acceso a recursos genéticos.
- Proyectos de erradicación de cultivos de uso ilícito.
- Traslado de comunidades de sus tierras tradicionales.
- Ingreso de fuerzas militares (INPEC u organismos de seguridad).
- Procesos de investigación arqueológica (prospección, excavación y restauración) y cuando se desee efectuar actividades en áreas arqueológicas.
- Adopción de menores indígenas.

Los problemas para la aplicación del derecho en Colombia:

Durante dos años la Mesa de Concertación entre el Estado y los Pueblos Indígenas estuvo suspendida, debido a la ausencia de los pueblos indígenas que aducían falta de cumplimiento en torno a los acuerdos pactados y la poca capacidad resolutoria de los representantes del Estado que asistían a esta Mesa. Finalmente las organizaciones decidieron retirarse del espacio de forma definitiva, cuando el Estado colombiano se negó a suscribir la DNUPPII.

De esta manera se ha deslegitimado el espacio oficial y permanente de concertación de políticas que permite dar un marco más amplio al derecho a la consulta como tal. Sin embargo, en Colombia se ha desarrollado el mayor número de procedimientos de consulta previa y se continúan ejecutando.

En Colombia se considera que la obligación de consultar involucra a los pueblos y comunidades que podrían tener afectaciones directas, es decir, aquellos cuyo territorio se superpone con las zonas intervenidas o se encuentra en zona de tránsito del proyecto a adoptar. La posición de la ONIC al respecto consiste en que es necesario consultar a todo el pueblo o pueblos que se pueden ver afectados directa o indirectamente, sobre todo si se trata de afectaciones a sitios sagrados o de culto. En la práctica, los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta articulados en el CTC han determinado la necesidad de cualquier proyecto o medida se consulte en el marco del CTC, con los cuatro pueblos de la Sierra, por considerarla una unidad territorial cultural y espiritual²⁵, independientemente de si las afectaciones son directas o indirectas.

25 “Hemos realizado los pagos para que se cumpla por parte del gobierno y la civilización un respeto por las tradiciones milenarias de los pueblos de la Sierra Nevada, que responda a nuestro pensamiento como

Otro de los problemas se relaciona con la legitimidad de los representantes de los pueblos y organizaciones. Los estándares internacionales señalan que debe tratarse de personas y organizaciones que representen a los pueblos y comunidades. Estas personas deben ser designadas por ellos mismos y pueden ser determinadas de conformidad con sus costumbres y tradiciones, según la reciente jurisprudencia de la Corte.²⁶ Sin embargo, en la práctica esto no se cumple y se puede evidenciar en casos como el de *Ellausa kirandarra* o el proyecto minero Mandé Norte.

...Las personas que intervinieron en las supuestas reuniones de “consulta previa” como representantes de las comunidades no estaban facultados para ello, ni estaban revestidos de la legitimidad necesaria para este tipo de intervenciones o de decisiones, es decir, se desconocieron las autoridades tradicionales de las comunidades autorizadas para tales consultas.²⁷

3.4. El derecho a la consulta previa en el Ecuador

Igual que en el proceso boliviano, la reforma de Ecuador como un Estado Plurinacional aún no refleja cambios sustantivos en torno a la aplicación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas. Como veremos, se ha avanzado muy poco en adecuar la normativa infra constitucional al nuevo marco constitucional.

3.4.1 Marco normativo sobre consulta previa

Ecuador ratifica el Convenio 169-OIT el 15 de mayo de 1998. El derecho a la consulta previa fue recogido inmediatamente después por la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998. En dicha Constitución se reconoció este derecho en la siguiente forma:

Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...]

5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. [...]

Se aprecia que el texto de dicha Constitución no recogía el contenido del derecho a la consulta para lo referido a la normativa que les afecte. En la Constitución vigente desde el 20

moradores de esta Kankurwa (casa sagrada) que es un cuerpo vivo y entero en sus partes y que así mismo debemos cuidarlo y por ningún motivo podemos repartirlo si queremos que siga funcionando para el bien de toda la humanidad. Si se pierden nuestras tradiciones, se pierde la posibilidad de cuidar el mundo y mantener su equilibrio, de evitar que el sol se apague y a raíz de esto nos toque vivir lo que nadie quiere”. Véase, Pronunciamento de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de los Chunduas (Santa Marta) Kaggaba, Iku, Wiwa, Kakachukwa. Simonorwa, Colombia. julio 21 de 2006 (subrayado fuera de texto).

26 Corte IDH, Interpretación del Caso Saramaka v. Surinam, párrs. 18 y 15.

27 Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Solicitud de Revisión, Acción de Tutela Rad. T 2315944, presentada a la Corte Constitucional Colombiana el 8 de julio de 2009.

de octubre de 2008, se amplió el reconocimiento del derecho en los términos integrales del Convenio 169-OIT, el texto actual es el siguiente:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...]

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. [...]

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.[...]

Mediante Decreto Ejecutivo N° 3401, del 2 de diciembre del 2002, se expidió el “Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas”. Diversas organizaciones indígenas y de derechos humanos señalaron que el reglamento devenía en inconstitucional, dado que no era la norma adecuada para regular un derecho constitucional como es la consulta previa.

Las principales observaciones versan sobre el condicionamiento de la incorporación de los resultados de la consulta a que éstos sean “técnicamente viables y legalmente procedentes”. Es decir, si la consulta arroja un resultado desfavorable a la prospección y explotación, las compañías petroleras podrían argumentar que la opinión de la comunidad debe ser sustentada con información técnica que seguramente no poseen o el Estado podrá alegar que el consentimiento no es procedente como requisito para llevar a cabo la actividad consultada.

Según el reglamento, el procedimiento se agota con el registro de los hechos, incluido el caso de falta de resoluciones o consensos. Si no hay resoluciones o consensos, se continúa con el proceso, con lo cual el diálogo es simplemente un procedimiento administrativo sin efecto jurídico alguno.

El 22 de abril de 2008, el presidente Rafael Correa promulga el Decreto Ejecutivo N° 1040 “Reglamento de aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental”, publicado en el Registro Oficial N° 332. El artículo 26 del Decreto establece:

Artículo 10.- Momento de la Participación Social

La participación social se efectuará de manera obligatoria para la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental.

Artículo 26.- Procedimiento para Pueblos Indígenas y Afroecuatorianos.

El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos.

Sin embargo, nuevamente la norma (en su artículo 9°) establece que:

“[...] La participación social en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, [...] siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar la condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

Finalmente, la CIDH ha emitido la Sentencia del Caso “*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” (27 de junio de 2012), que da fe de que el Estado ecuatoriano no ha cumplido con desarrollar la normativa interna del derecho a la consulta, y que ha afectado a dicho pueblo indígena en su calidad de sujeto de derechos al permitir la ejecución de una concesión de hidrocarburos sin haber realizado la consulta previa, afectándolo mediante actividades hidrocarburíferas de la empresa (a la que el Estado brindó apoyo mediante su fuerza armada), en lo que respecta a su territorio (lugares sagrados, circulación o tránsito en él, acceso y conservación de recursos naturales, etcétera), cosmovisión e identidad, así como a la vida e integridad de los miembros de dicho pueblo.

3.4.2. Experiencia de aplicación del derecho

Ecuador tiene una historia de explotación petrolera que ha implicado la vulneración sistemática de los derechos indígenas, según informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el relator de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la propia OIT. Durante décadas estas actividades se han desarrollado sin ningún mecanismo de consulta para la población indígena.

Entre septiembre y diciembre de 2003, se llevó a cabo la consulta previa en los bloques petroleros 20 y 29, lo cual fue el primer ejercicio de aplicación del Decreto 401 en un proceso pre-licitatorio de la actividad petrolera en la Amazonia. Estos bloques están dentro de las provincias de Orellana, Napo y Pastaza. La extensión conjunta de ambos bloques es de 448.276 Has.

Las organizaciones locales Frente de Comunidades Kichwas de Rukullacta, Asociación Kallari, Ricancie, Recoka y el cantón Archidona, hacen público su pronunciamiento sobre la consulta previa en los bloques 20 y 29 en marzo de 2004, señalando diversas debilidades del proceso que dan cuenta de las principales críticas en torno a la implementación de la consulta previa:

- (i) el tiempo fue muy corto (60 días para consultar a 90.000 personas);
- (ii) desconocimiento general de los efectos jurídicos de la consulta previa y su naturaleza de derecho humano;

- (iii) la convocatoria a la consulta solo se realizó al 70% de las comunidades indígenas rurales de la zona y excluyó a la población urbana y mestiza;
- (iv) los facilitadores no fueron debidamente capacitados, recibieron capacitación sobre temas técnicos en cursos de seis días;
- (v) fue un proceso de socialización de información, no de consulta;
- (vi) la información no llegó a las personas consultadas de forma clara (las reuniones duraron cuatro horas en promedio);
- (vii) la información no fue imparcial y se basó únicamente en los beneficios que las comunidades podían obtener de las empresas;
- (viii) el proceso de consulta dio a entender que no cabía la aceptación de la actividad;
- (ix) en la asamblea final no se convocaron a todos los representantes de las comunidades; más del 40% de las comunidades no estuvieron representadas;
- (x) la decisión fue manipulada por algunos líderes indígenas que actuaron como facilitadores diciendo a sus representados que no existía opción de oponerse; y,
- (xi) se bloqueó todo intento de veeduría de la sociedad civil.

Pese a ello, el proceso de consulta previa en los bloques 20 y 29 fue aprobado por el Subsecretario de Protección Ambiental. Las denuncias de irregularidades en el proceso no fueron consideradas, ni siquiera analizadas, en el texto del proyecto aprobado.

3.5. Noruega: El paradigma de la implementación del Convenio 169-OIT

En Noruega habitan alrededor de 30,000 sámi, un pueblo de la zona ártica del noroeste de Europa, presente también en Suecia, Finlandia y Rusia. Noruega fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio 169-OIT (1990) y se ha convertido -mediante la acción diplomática y la cooperación internacional- en gran promotor de su implementación.

Ya desde 1987, antes de aprobarse el Convenio 169-OIT, el Parlamento noruego había reconocido la necesidad de que los sámi cuenten con representación política directa y estableció un órgano nacional representativo de los sámi que se instaló en 1989, compuesto de 39 representantes elegidos en una elección general, en los trece distritos que en conjunto abarcan todo el país. El “Sameting” se eligió por primera vez en 1989. Todos los mayores de 18 años que se consideran sámi, y cuyos padres o abuelos hablan el sámi como lengua materna, se inscriben en un registro electoral destinado a identificarlos y tienen derecho a participar en las elecciones parlamentarias sámi.

El ámbito de competencias de este “parlamento sámi” (Sameting) es bastante amplio. De acuerdo a la ley especial de su creación, sus actividades abarcan todas las cuestiones que, en opinión de la Asamblea Nacional, conciernan al pueblo sámi en particular. Por iniciativa propia, el Sameting puede hacer pronunciamientos sobre cualquier cuestión pública dentro de las zonas de mayor presencia poblacional sámi (distritos plenamente identificados) y

puede proponer iniciativas normativas a las autoridades públicas y proyectos de toda índole a instituciones privadas.

El parlamento sámi cuenta con un órgano de apoyo, el Consejo de Comercio Sámi, que administra directamente el Fondo Sámi de Desarrollo, establecido en 1975. Este fondo otorga subsidios a las artesanías sámi y a las publicaciones sobre este pueblo y administra becas para la juventud sámi. Gran parte del fondo se relaciona con actividades tradicionales de los sámi como la agricultura y la pesca.

Inicialmente, el Sameting fue únicamente una entidad consultiva. Pero luego fue ganando poderes hasta tornarse en una suerte de entidad supervisora. La mayoría de las medidas establecidas en los últimos diez o quince años para impulsar la cultura sámi han sido decididas en este parlamento propio. Y actualmente este tiene competencias para vigilar el adecuado cumplimiento de todas aquellas disposiciones administrativas relativas a los sámi.

3.5.1. Implementación del derecho a la consulta previa en Noruega

Antes de remitir su informe oficial a los órganos de control de la OIT sobre el cumplimiento del Convenio 169-OIT, el Gobierno lo pone en consideración del parlamento sámi, para recibir sus comentarios y observaciones. Luego, estas observaciones son incorporadas como parte integral de la Memoria del Estado. Este solo hecho marca una lógica profundamente distinta a la de los países latinoamericanos, donde el enfoque más bien es de negación o subvaloración de las críticas de los pueblos indígenas.

En lo referido específicamente a la consulta previa, se produjo un largo debate sobre los mecanismos necesarios para su implementación. El 2005, el Gobierno de Noruega y el parlamento sámi acordaron los procedimientos necesarios para llevar a cabo consultas, las cuales fueron luego convertidas en norma nacional.

Es así que se reconoce que los sámi, como pueblo indígena, tienen derecho a ser consultados en las cuestiones que los afecten directamente. Los objetivos de este acuerdo son:

- Contribuir a la implementación práctica de las obligaciones del Estado de consultar a los pueblos indígenas de conformidad con las leyes internacionales;
- Lograr un acuerdo entre las autoridades del Estado y el parlamento sámi cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los intereses de los sámi;
- Facilitar el desarrollo de una perspectiva de asociación entre las autoridades del Estado y el parlamento sámi que contribuya al afianzamiento de la cultura y la sociedad sámi;
- Lograr un entendimiento común de la situación y las necesidades de desarrollo de la sociedad sámi.

El acuerdo establece que estos procedimientos de consulta regirán para el Gobierno Nacional, ministerios, direcciones y cualquier otro organismo del Estado que pueda decidir sobre actividades relacionadas con los intereses sámi. Esto incluye la legislación,

reglamentos, resoluciones administrativas, políticas nacionales, lineamientos, medidas y otras resoluciones.

La obligación de consultar al parlamento sámi involucra a todas aquellas decisiones que puedan afectar las formas materiales e inmateriales de la cultura sámi, incluyendo la música, el teatro, la literatura, el arte, los medios de comunicación, el idioma, la religión, el legado cultural, los derechos inmateriales de propiedad y los conocimientos tradicionales, los nombres de lugares, la salud y el bienestar social, los centros de día para niños, la educación, la investigación, los derechos de propiedad y de utilización de las tierras, los asuntos relacionados con la administración y la utilización de tierras, el desarrollo de negocios, la cría de renos, la piscicultura, la agricultura, la prospección y extracción de minerales, la energía eólica, la energía hidroeléctrica, el desarrollo sustentable, la preservación del legado cultural, la biodiversidad y la preservación de la naturaleza.

Es importante precisar que no están sujetas a consulta las cuestiones de naturaleza general, es decir, aquellas que afectan a la sociedad en su conjunto, sino aquellas que se dirijan específicamente a ellos. En términos geográficos, los procedimientos de consulta se aplican a las áreas sámi tradicionales, las cuales han sido determinadas, también de manera consensuada, entre el Gobierno noruego y el parlamento sámi.

En relación con este proceso de consulta definido en el acuerdo con los sámi, el Gobierno noruego señaló:

*“Esto significa que el proceso de consulta al Parlamento Sámi es algo más que un proceso público ordinario mediante el cual se invita a los organismos relevantes a considerar las diferentes propuestas (proceso de audiencia), debido a que las partes deben procurar alcanzar, de manera sincera y genuina, un acuerdo sobre las medidas propuestas. Esto también significa que las autoridades del Estado tienen la obligación de efectuar consultas al Parlamento Sámi y disponer las medidas que sean necesarias para lograr el acuerdo, a pesar de que la autoridad del Estado involucrada en el proceso pueda considerar que la posibilidad de alcanzar un acuerdo sea limitada. (...) El requisito más importante a satisfacer es el de establecer los procesos y procedimientos de consulta necesarios a fin de permitir que el Parlamento Sámi ejerza una verdadera influencia sobre el proceso y el resultado final. Por ello, una simple reunión informativa no lograría satisfacer la obligación de las autoridades del Estado, exigida en virtud del Convenio núm. 169 de la OIT, de consultar a los pueblos indígenas”.*²⁸

3.6. Más allá de la consulta. La plena participación política de los pueblos indígenas como ideal de democracia intercultural

El debate sobre el derecho a la consulta tiende a complejizarse más de lo necesario porque los defensores y detractores lo abstraen de un contexto jurídico mucho más amplio que le da sentido y concreción. Nos referimos a la participación política de los indígenas en cuanto derecho y en cuanto sistema de relaciones institucionalizado en los Estados.

²⁸ HENRISKSEN, John. Key Principles in Implementing ILO Convenio No. 169, citado en: Organización Internacional del Trabajo-OIT. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio Num. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Num. 169 de la OIT (PRO169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 67.

De los documentos internacionales que ya hemos reseñado, podemos identificar los siguientes ámbitos de participación política para los pueblos indígenas:

- La atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo.
- La participación en el diseño, implementación y fiscalización de las políticas públicas.
- La consulta previa sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten.
- La atribución de brindar o no su consentimiento, previo, libre e informado, cuando las consultas versen sobre derechos irrenunciables o sobre situaciones que puedan poner en riesgo la integridad o el modo de vida y desarrollo.

Sobre los dos últimos supuestos se concentra el debate y además son el objeto del presente informe. Tendemos a obviar los dos primeros, pese a que han sido recogidos originalmente por el Convenio 169-OIT:

Artículo 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (...)

La DNUPPII establece que:

Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, está plenamente establecida la participación de los pueblos indígenas en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar. Convenio 169- OIT:

Artículo 7.1. (...) Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Artículo 7.2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

Artículo 6.

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan.

La DNUPPII establece otros cánones sobre este derecho.

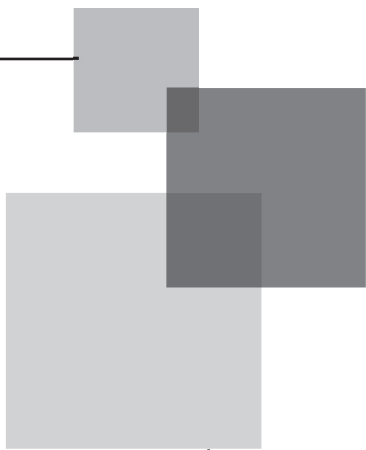
Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su

derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 23. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Es así que, *el derecho a la participación política abarca diversos espacios de transformación efectiva de las relaciones entre los Estados y los indígenas*, constituyendo la consulta previa *una* de las formas que garantizan dicha participación, pero no la única. La consulta está además condicionada, para ser realmente útil y respetada en su integridad, por la existencia de una institucionalidad, mecanismos, funcionarios públicos sensibilizados y con competencias claras.



SEGUNDA SECCIÓN:
EL DERECHO A
LA CONSULTA EN EL PERÚ

4. DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA EN EL PERÚ

4.1. Contexto previo al desarrollo legal y reglamentario del derecho a la consulta

4.1.1. Antecedentes jurídicos nacionales

4.1.1.1 Proceso de ratificación y jerarquía normativa

El Convenio 169-OIT, “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, fue ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, aprobada el 26 de noviembre de 1993 y promulgada por el Ejecutivo el 2 de diciembre de 1993. Paradójicamente, la suscripción de este tratado internacional se produjo durante el mandato del Congreso Constituyente de 1993 (que, a su vez, recortó derechos territoriales indígenas en el cuerpo de la Constitución). Su vigencia en el Perú se inicia el 2 de febrero de 1995.

Los temas desarrollados en el Convenio son de carácter fundamental para proteger, respetar y concretar el ejercicio de los derechos de tales pueblos, lo que supone un parámetro mínimo a cumplir por parte de los Estados cuando pretenden adoptar políticas y medidas que los afecten directamente. Su cumplimiento permite las condiciones que ayudan a configurar una vida digna para tales sujetos colectivos y sus miembros, motivo por el cual estamos ante un Tratado de Derechos Humanos.

Asimismo, nuestro TC²⁹ ha dispuesto lo siguiente:

Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su

29 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA, fundamento 31.

vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

Así, conforme a lo argumentado por el máximo intérprete de nuestra Constitución, podemos señalar que el Convenio 169 tiene rango constitucional y orienta además la interpretación sobre el conjunto de normas constitucionales y legales relativas a pueblos indígenas en el Perú.

Cabe recordar que el TC basa dicha argumentación en lo establecido en nuestra Constitución Política:

- Artículo 3º: establece un esquema general de protección de derechos aunque no estén expresamente incluidos en su texto, siempre que se fundamenten en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo o el estado de derecho. Esto permite que los avances doctrinarios, convencionales y jurisprudenciales relativos a los derechos humanos sean incluidos como parte del “bloque de constitucionalidad” peruano, es decir con la misma jerarquía que nuestra Constitución.
- Cuarta Disposición Final y Transitoria: establece la siguiente fórmula: *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”* (subrayado nuestro).

Finalmente y concordante con ello, debemos mencionar que el Artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, expresamente señala que la jurisprudencia de fueros internacionales forma parte de este bloque de constitucionalidad:

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 humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Es por ello que lo resuelto en tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, brindan contenido a nuestros derechos constitucionales y, por lo tanto, vinculan u obligan a los Estados en su cumplimiento.

4.1.1.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y algunas disposiciones vinculadas

Según lo hemos mencionado, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en el Perú en 1995, no obstante que su aplicación práctica lleva pocos años, según nos lo recuerda el TC³⁰:

(...) Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta. Ello desde

30 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00022-2009-PI, fundamentos 34 y 41.

luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. (...)

Esto da fe de la fuerza vinculante y auto-aplicativa del Convenio N.º 169 de la OIT, no obstante dos cuestiones respecto del ejercicio de este derecho:

Primero: Un claro desinterés por parte del Estado peruano respecto de su respeto y aplicación, lo que da fe del incumplimiento que él mismo mantenía con relación a un marco jurídico que formalmente ya formaba parte de su propio discurso.

Segundo: La poca internalización del derecho a la consulta previa, libre e informada que se tenía desde nuestros pueblos indígenas y sus respectivas organizaciones representativas para que finalmente sea ejercido o exigido desde 1995.

No fue sino hasta el 19 de febrero de 2009 en que se emitió la primera sentencia del Tribunal Constitucional que hace mención al derecho de consulta como exigible, la que recayó en el Expediente N.º 03343-2007-PA. Luego vinieron muchas sentencias más, entre las que destaca la relacionada con el Expediente N.º 00022-2009-PI, pues desarrolla varios de los contenidos vinculados al ejercicio de este derecho.

Estas sentencias las pasaremos a exponer en virtud de los temas que desarrollan.

4.1.1.2.1. Sobre el contenido del derecho a la consulta (Sentencia N.º 00022-2009-PI, fundamentos 37 y siguientes):

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; 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. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. (...)

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En

tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados; de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

Se agrega en el fundamento 41 de esta sentencia algunos lineamientos fundamentales para el desarrollo de los procesos de consulta:

41. (...) En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.*
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.*
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.*
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.*

De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

Con estos argumentos el TC desarrolla un marco general que plantea como ineludible el ejercicio de la consulta en caso se pretenda emitir alguna medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas, debiéndoseles garantizar el uso de esta vía pero no de cualquier manera, sino con sus particularidades y respetando los acuerdos a los que se arriben dado que, como lo explicamos, ello supone uno de los fines primordiales de la consulta. Ello no implica el derecho a veto por parte de tales pueblos, sino la obligación de estos y el Estado de dialogar con el fin de buscar acuerdos.

Recordando que estamos ante sentencias emitidas con anterioridad a la existencia de nuestro marco jurídico actual (Ley de Consulta y su respectivo Reglamento), es en ese contexto que el TC ha previsto de manera expresa los principios y demás conceptos o definiciones a considerar para su ejercicio y el desarrollo más puntual del respeto a los acuerdos.

4.1.1.2.2. De los Principios vinculados al derecho a la consulta

- **Principio de Diálogo Intercultural** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamentos 17 y 18):

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

El diálogo intercultural se explica como la necesidad de reconocer la diversidad de identidades indígenas como punto de partida para las particulares manifestaciones de la ciudadanía peruana, debiéndose respeto y actitudes inclusivas para ellas y por parte de ellas en los procesos de consulta. Esta consideración da fe de la histórica exclusión de los pueblos indígenas en la sociedad peruana, lo que debe entenderse en términos económicos, ambientales y, por supuesto, sociales.

- **Principio de Buena Fe** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamento 27):

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.

Así, este principio es de obligatoria observación para ambas partes, pueblos indígenas y Estado, a fin de cooperar y evitar conductas que no permitan el correcto desenvolvimiento

de cualquiera de ellas, así como la evasión de lo acordado, debiendo aplicarse antes, durante y después de llevado a cabo el correspondiente proceso de consulta según se detalla en la sentencia.

- **Principio de Flexibilidad** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamentos 31 y 32):

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias.

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

Se precisa de esta manera que los procesos de consulta deben acomodarse a las circunstancias en las que se lleven a cabo y dado que en algunos casos la afectación de los derechos puede ser más significativa, ello debe tomarse en cuenta a fin de fortalecer la su rigurosidad de manera proporcional al ejercicio pleno de los pueblos afectados; lo que implica, en todo caso, el deber estatal de entender y atender sus condiciones culturales, geográficas, lingüísticas, etcétera.

- **Sobre el objetivo de alcanzar un acuerdo** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamento 33):

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

Este razonamiento debe entenderse a la luz del fundamento 41 de esta misma sentencia y expuesto líneas arriba. Así, tal finalidad debe ser entendida como una búsqueda de acuerdos y no como el necesario e ineludible arribo a acuerdos. Así, frente a la consulta se encuentra el homogéneo derecho a la participación ciudadana, en el que los aportes hacia el Estado

no implican necesariamente una búsqueda de compromisos, sino sólo alimentar el criterio estatal para que éste defina posteriormente respecto de alguna materia de público interés.

Con la consulta estamos más bien ante un mecanismo de participación ciudadana con carácter diferenciado (ciudadanía indígena), pues permite a dichos pueblos intervenir³¹ en asuntos públicos considerando las particularidades que implican la condición indígena y colectiva que ostentan los titulares de este derecho. Así, no podemos negar que se trata además de una manifestación de su derecho a la libre determinación o de autodeterminación, el mismo que también ha sido desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional, según ya veremos.

- **Sobre transparencia en la Información** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamento 35):

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

Este principio implica que la información debe ser puesta a disposición de los posibles afectados con el objeto de que puedan generarse una idea de la medida que se pretende adoptar y de los métodos a utilizarse en los procesos de consulta; estos últimos deben atender también a los parámetros de flexibilidad que supongan la comprensión de los contenidos.

- **Sobre la oportunidad en que debe llevarse a cabo los Procesos de Consulta** (Sentencia 00022-2009-PI, fundamento 36):

“36. 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 aun momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.”

31 Constitución Política del Perú, Artículo 2°, inc. 17.: “Toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación. ()”.

Dado que la finalidad de la consulta es que los pueblos indígenas puedan influenciar en la medida propuesta, planteando sus puntos de vista para que sean considerados por el Estado y, además, acordados con él, el proceso consultivo correspondiente debe implementarse antes de la toma de decisión estatal.

4.1.1.2.3. De los pueblos interesados en la Consulta (Sentencia 06316-2008-PA, fundamento 17)

17. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.

Según lo mencionamos líneas arriba, la identificación de un pueblo indígena a ser consultado supone considerar factores objetivos y uno de carácter subjetivo. A lo mencionado en la sentencia debemos agregar que el Convenio³² prevé entre dichos criterios objetivos el que un sujeto colectivo será susceptible de ser reconocido como indígena si se encuentra regido total o parcialmente por una legislación especial.

Sobre el particular, nuestra Constitución no hace mención expresa de algún sujeto de derechos cuya denominación sea la de pueblo indígena. No obstante ello, prevé una regulación exclusiva³³ sobre el régimen de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, respecto de su protección, uso, libre protección e imprescriptibilidad, así como sobre el respeto a su identidad cultural, el reconocimiento de ejercicio de una jurisdicción especial conforme a su derecho consuetudinario, etcétera.

Además, ambos tipos de organización comunal cuentan con una regulación específica en nuestro Código Civil³⁴, así como normas legales y reglamentarias ligadas al reconocimiento y ejercicio especial de derechos y como pautas de desarrollo económico comunal particulares.³⁵

Asimismo, existen normas nacionales sectoriales que plantean definiciones de pueblo indígena para sus propios efectos.

Así, la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, define a los pueblos indígenas como:

Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

32 Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, literal a), numeral 1, artículo 1°.

33 Constitución Política del Perú, artículos 88°, 89° y 149°.

34 Código Civil peruano, artículos del 134° al 139°.

35 Leyes 24656, 24657, 26505 y 26845, Decreto Ley 22175, Decretos Supremos N° 003-79-AA, N° 08-91-TR, entre otras normas con rango de ley y reglamentarias.

De igual modo, la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, precisa que para efectos de proteger conocimientos ancestrales los pueblos indígenas:

“Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactado, así como a las comunidades campesinas y nativas.

La denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos.”

Asimismo, a efectos de la creación de ANP se ha avanzado significativamente pues el Reglamento de la Ley de ANP³⁶ alude a la consulta en un sentido bastante cercano al espíritu del Convenio 169 de la OIT:

43.1 El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar.

43.2 Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación.

Sin embargo, debemos señalar que aún nos mantenemos en el marco de un desarrollo sectorializado del concepto “pueblos indígenas”, pues no se cuenta con alguna disposición que haga referencia directa a que las comunidades campesinas y nativas como la expresión o correlato de dicho concepto en nuestro marco legal nacional y para todo caso.³⁷

36 Decreto Supremo N° 038-2001-AG, Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, artículo 43°.

37 La comisión de Pueblos Andino Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, en su Período Anual de Sesiones 2005 - 2006, trabajó un Proyecto de Ley General de Pueblos Originarios o Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas; no obstante esta iniciativa no prosperó y además recibió el rechazo de una diversidad de organizaciones representativas de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, quienes afirmaban que tal propuesta: “vulnera de manera directa los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidos constitucionalmente y a nivel del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 26253 del 5 de diciembre de 1993, en particular: el no reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas, no garantiza la integridad territorial de las comunidades ni su propiedad sobre los recursos naturales, y en consecuencia, su supervivencia se encuentra seriamente amenazada, no garantiza la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus territorios; mantiene la posibilidad de otorgar concesiones mineras, forestales y de hidrocarburos en las tierras comunales contra la voluntad de la población, no garantiza la participación de los pueblos en los beneficios que genera la industria extractiva, restringe el reconocimiento de una comunidad campesina o nativa en la existencia de treinta familias existiendo muchas comunidades con un número menor de familia, y de esta manera se restringe el derecho a un número arbitrario.” (tomado de: <http://servindi.org/actualidad/175>)

De esta manera, no obstante contar con un marco legal especial, tanto las comunidades campesinas como las nativas quedan a merced de cumplir con los parámetros previstos en los mencionados criterios objetivos y el subjetivo, a fin de ser reconocidas como pueblos indígenas o parte de alguno.

De otro lado, recordando lo argumentado en el fundamento 17 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 06316-2008-PA, el Tribunal Constitucional sostiene que se debe llevar a cabo la consulta a las comunidades, sus organizaciones y autoridades que sean colindantes al área susceptible de ser afectada por la medida.

Al respecto debemos señalar que el criterio usado por el Tribunal resulta arbitrario, pues no señala razones objetivas para su argumentación pueda responder a cada caso particular; más aún si se trata de medidas o proyectos que pueden afectar directamente el ambiente en donde desarrollan su vida y cultura nuestros pueblos indígenas.

Ello resulta preocupante si no consideramos lo previsto en la Ley³⁸ que regula las evaluaciones estatales a las herramientas de gestión ambiental que determinan, buscan manejar y mitigar los impactos ambientales de proyectos de inversión. Así, todo proyecto o medida que pueda afectar las tierras de uno o más pueblos indígenas debe contar con un estudio de impacto ambiental que contenga una descripción de la acción propuesta (el proyecto) y los antecedentes de su área de influencia, así como la identificación y caracterización de los impactos ambientales durante todo el ciclo de duración del proyecto. Estos impactos pueden ser:

- Directos: Efectos ocasionados por la acción humana sobre los componentes del ambiente, con influencia directa sobre ellos, definiendo su relación causa-efecto.

Generalmente vinculados al área geográfica inmediata sobre la que se desarrollan las actividades propias del proyecto.

- Indirectos: Efectos ocasionados por la acción humana sobre los componentes del ambiente, a partir de la ocurrencia de otros con los cuales están interrelacionados o son secuenciales.

Involucra áreas que no son sobre las que se lleva a cabo la obra, pero que reciben sus efectos como consecuencia de esta, siendo también impactadas.

Es en este sentido que se debe precisar a quiénes se consulta, lo que en atención a tales herramientas de gestión ambiental puede trascender a los colindantes según lo ha previsto el Tribunal; con mayor razón si hablamos de impactos indirectos significativos que pueden afectar directamente derechos de pueblos indígenas que se vinculan con una cabecera de cuenca, una cuenca, bosques, u otros que pueden ser afectados por proyectos extractivistas (minería, hidrocarburos, etcétera) o de infraestructura (carreteras, hidroeléctricas, etcétera).

38 Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, artículo 10°, y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, numerales 11 y 12 de su Anexo I.

En ese sentido, pueden concretarse:

- Impactos directos que pueden afectar directamente los derechos de pueblos indígenas. Esto se da, por ejemplo, cuando el proyecto se realiza sobre las tierras de un pueblo indígena o parte de él.
- Impactos indirectos que pueden afectar directamente los derechos de pueblos indígenas.

Esta situación se concreta, por ejemplo, cuando los impactos se perciben en tierras que no vienen acogiendo al proyecto, es decir, no tienen una vinculación inmediata con la obra. Se trata de una afectación directa que se genera a partir de una interrelación entre los impactos que generan la obra y las condiciones que presenta el ambiente, trascendiendo a los espacios inmediatamente involucrados por el proyecto o la medida y, por ello, afectando directamente áreas a determinar en cada caso concreto, así como los derechos vinculados a ellas.

En ambos casos estamos ante supuestos que exigen la realización de un proceso de consulta indígena.

4.1.1.2.4. La Consulta Previa y Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial (Sentencia N° 06316-2008-PA/TC, Fundamento 15):

Según lo prevé el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, la consulta debe realizarla el Estado a los pueblos interesados, mediante sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. Esto supone la posibilidad de que un pueblo indígena pueda manifestar su voluntad ante el Estado, en un proceso de consulta y a través de sus representantes; es decir, se trata de acciones que puede concretar un pueblo indígena que desarrolla relaciones sociales con la sociedad nacional y que puede ejercer sus derechos conforme al sistema jurídico legalizado y legitimado por ella.

Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial, conforme al artículo 2° de la Ley N° 28736,³⁹ el aislamiento supone el no haber desarrollado relaciones sociales de manera sostenida con el resto de la sociedad nacional, o que, habiéndolo hecho, se debe presumir y respetar la voluntad de estos pueblos de discontinuarlas. El contacto inicial implica que un pueblo indígena o parte de él se encuentra en el inicio de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Cabe mencionar que el régimen de protección previsto en dicha Ley -artículos 1° y 4° a) y b)-, establece la necesidad de preservar la vida y salud de estos pueblos, pues es en ese marco que se presume su vulnerabilidad ante enfermedades transmisibles, debiendo respetarse lo decidido por ellos en torno a su relacionamiento con la sociedad y el Estado.

La mencionada ley, que regula la protección de estos pueblos (artículo 5°), prevé la intangibilidad de las reservas indígenas. No obstante ello, este mismo artículo establece la excepción en caso exista en ellas algún recurso natural cuya explotación resulte de necesidad pública

39 “Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial”.

para el Estado, debiendo procederse de acuerdo a ley. Es en ese marco que el Reglamento de la Ley de Consulta ha modificado el Reglamento de la Ley para la Protección de los pueblos en aislamiento o contacto inicial, otorgándole la facultad al MINCUL de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.

Ello nos coloca ante un supuesto de intangibilidad relativa respecto de pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, el mismo que contradice el marco legal previsto para la protección de estos pueblos, ante alguna medida administrativa o legislativa que pudiera habilitar la explotación de dicho recurso natural.

Sobre el particular, el TC ha previsto en el fundamento 15 de la Sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC:

15. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, “[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada”. El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar infra, el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.

El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.

Así, la existencia de pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial en el ámbito geográfico de un proyecto (ya sea en función de las tierras que poseen de facto o de aquellas ya reconocidas como reserva indígena), no implica la negación de un proceso de consulta, sino que este se circunscribe a la población indígena local y sus organizaciones representativas, a fin de garantizar su participación en la toma de decisiones que las puedan afectar directamente.

Al respecto, creemos que el TC acierta cuando sostiene que la imposibilidad de consultar a poblaciones en aislamiento o en contacto inicial no supone lo mismo respecto de la población indígena local. Sin embargo, en el propio fundamento 15 se sostiene que “La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones”.

En estricto, el Tribunal sostiene que el ejercicio del derecho a la consulta de poblaciones indígenas que no son las que se encuentran en aislamiento o en contacto inicial, provoca

la legitimidad social necesaria para que un proyecto se realice en su integridad y de forma pacífica.

Ello facilita la posibilidad de que el Viceministerio de Interculturalidad, cuando deba emitir su opinión técnica previa y vinculante respecto de algún EIA, cuente con la alternativa de concentrar en esta herramienta de gestión ambiental, toda medida socio-cultural destinada a proteger sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la tierra. Esta alternativa contradice el principio de no contacto que los protege y que sólo puede ser afectado, igual que la intangibilidad de las reservas indígenas o las territoriales, en caso de contingencias que afecten dichos derechos; principio que, conforme lo hemos mencionado, implica el respeto a la decisión de estos pueblos en torno a su relacionamiento con el Estado y el resto de integrantes de nuestra sociedad.

Por ello, creemos que tal interpretación del Tribunal resulta equivocada, toda vez que:

A. Niega el derecho de acceso y el objeto del derecho constitucional a la consulta indígena, conforme al artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT.

A.1. Dada su alta vulnerabilidad en el contacto con terceros, sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la tierra se ven negativa e innecesariamente involucrados en un proceso de consulta,⁴⁰ debiendo preverse como suspendido el ejercicio de este derecho en el resto de etapas del correspondiente proceso; ello, hasta que estas poblaciones ya no sean calificadas como en aislamiento o contacto inicial.

A.2. Más allá de su consideración como pueblo posiblemente afectado por una medida estatal, el hecho de tener suspendido el ejercicio de su derecho a la consulta supone la imposibilidad de que tal medida cuente con el requisito de validez que es la consulta indígena, por lo que no puede ser adoptada; en caso contrario, estaremos ante una disposición estatal inválida⁴¹. En ese sentido, el ejercicio íntegro del derecho a la consulta se circunscribe únicamente a las poblaciones indígenas locales y respecto de sus derechos, pero de ninguna manera en función de los derechos de un pueblo en aislamiento o contacto inicial, lo que incluye la intangibilidad de las tierras que poseen y el respeto por sus derechos a la salud y a la vida.

B. Niega los derechos fundamentales a la salud y a la vida de estas poblaciones pues adoptar una medida que favorezca el ingreso de terceros a las tierras que poseen o sobre las que se les ha reconocido una reserva indígena, supone desconocer tales derechos fundamentales, pues se debe presumir su vulnerabilidad inmunológica ante su exposición o contacto con terceros. Cabe mencionar que el Tribunal, en su conclusión sobre la viabilidad de proyectos extractivistas en donde existen pueblos en aislamiento o contacto inicial, no ha desarrollado el ejercicio de ponderación de derechos, evaluando los derechos a la vida y a la salud, así como la intangibilidad de las tierras de estos pueblos, frente a la libre iniciativa privada y otros derechos que faciliten el desarrollo de tales proyectos.

40 Al relacionarse con el Estado y los demás integrantes de la sociedad nacional, se suscitarán contactos no deseados por estos pueblos que implicarán contagios de enfermedades para las que no han desarrollado defensas, lo que puede terminar con sus vidas.

41 En su caso, esto supone la declaratoria de inconstitucionalidad de normas, la nulidad de actos administrativos, etcétera.

C. Niega el carácter hostil que estos pueblos asumen por la defensa de su territorio (o integridad personal) cuando se ven invadidos o forzados a un contacto no deseado. El aislamiento o la situación de contacto inicial, salvo en casos de contingencias que pongan en riesgo su vida o su salud⁴², deben entenderse como una condición que depende únicamente de la voluntad de estos pueblos. Cabe mencionar que, en no pocas ocasiones, cuando el contacto se ha dado de forma ajena a su voluntad, las respuestas han sido violentas, yendo desde las lesiones físicas hasta la pérdida de vidas por parte de quienes provocaron el contacto.

De otro lado, podría argumentarse que, conforme al numeral 2 del artículo 16 del Convenio N° 169 de la OIT, podría ser necesario un traslado de los miembros de estos pueblos en caso se apruebe una medida sobre sus tierras. Al respecto, el convenio exige:

- El término de procedimientos adecuados previstos en la legislación nacional.
- Encuestas públicas, siempre que estos pueblos puedan estar representados efectivamente.

Comenzando por lo segundo, debemos afirmar que este supuesto no puede llevarse a cabo pues la representación indígena necesaria para disponer de sus particulares intereses carecería en su determinación de declaración de voluntad. El Estado, llamado a ejercer una tutela constitucional de los derechos de estos pueblos, no puede irrogarse tal representación pues es el mismo que promueve la medida que los afectaría.

Con relación con el primer supuesto, debemos recordar que, conforme al mencionado artículo 5° de la ley especial sobre pueblos en aislamiento o contacto inicial, la posibilidad de aprovechar recursos naturales en sus territorios se puede concretar en caso de que el aprovechamiento de dicho recurso sea de necesidad pública y el estudio de impacto ambiental haya previsto medidas que garanticen sus derechos.

Considerando que la declaratoria de necesidad pública no se encuentra regulada adecuadamente y que por ende responde a intereses más políticos que técnicos, el ingreso para aprovechar recursos en tierras de estos pueblos puede que no sea una medida adecuada. De otro lado, la posibilidad de contar con un estudio de impacto ambiental que responda a los intereses de los miembros de estos pueblos pasa por el prohibido ingreso para la realización de estudios a las tierras de estos pueblos a fin de contar con mayor efectividad en las medidas; las que, conforme a la naturaleza de esta herramienta de gestión, son más de carácter ambiental que garantistas de la vida o la salud de nuestros pueblos en aislamiento voluntario.

En conclusión, el derecho a la consulta respecto de las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, a ser ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición. Así, esta imposibilidad de consulta implica también el que toda medida destinada a afectarlos no pueda contar con ella como requisito para su adopción; en caso contrario, dicha adopción, que implica a la medida adoptada, deberá considerarse como inválida e inconstitucional. Ello no excluye el ejercicio del derecho a la consulta por parte de la población indígena que no se encuentra en aislamiento o contacto

42 Casos en los que el Estado debe adoptar medidas e intervenir de manera extraordinaria y temporal.

inicial, no obstante que la medida que pudiera adoptarse como producto de esta consulta no debe, ni puede, afectar derechos de sus pares que sí se encuentran bajo esa condición. Es en ese sentido que debe configurarse el contenido de las opiniones que deba emitir el Viceministerio de Interculturalidad.

4.1.1.2.5. Sobre las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los Pueblos Indígenas (Sentencia 00022-2009-PI, Fundamento 21):

21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

En este marco sólo serían materia de consulta aquellas normas cuyo contenido integral desarrolla cuestiones indígenas, así como aquellas que, regulando una materia de trascendencia general, cuenta con algún acápite destinado a regular de manera particular la realidad indígena. Tal interpretación puede provocar que el legislador opte por evitar la regulación de la materia indígena en una norma a fin de ver facilitada su viabilidad o aprobación estatal evitando procesos de consulta indígena.

No obstante, el TC ha argumentado en el fundamento 31 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00025-2009-PI, lo siguiente:

31. Desde luego, que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas, o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos e intereses colectivos, no quiere decir que en su aplicación concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la aplicación de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas.

Es decir, lo que se desea rescatar es que si bien una norma de rango legal y de carácter general puede afectar derechos indígenas de manera indirecta, dado lo difuso de su alcance, la afectación necesariamente directa para activar un válido proceso de consulta, se podrá advertir al llevar a la práctica tal disposición legal.

Así, resulta confusa la conclusión del TC pues de darse este último caso estaríamos ante una norma que afecta directamente derechos de los pueblos indígenas. Por lo mismo, resulta necesario rescatar un desarrollo más preciso de la definición de “afectación directa”, tanto en temas legislativos como en administrativos.

Al respecto, creemos haber encontrado una definición más integral de este criterio en el artículo 15° del “Proyecto de Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso

de la República y agrega como anexo el procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre medidas que les afecta”.⁴³ En él se precisa que:

Serán calificadas como medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas aquellos proyectos (...) cuya aplicación general pudiera generar efectos diferenciados sobre ellos y aquellos cuya materia tenga relación con los supuestos de obtención del consentimiento libre, previo e informado. (El subrayado es nuestro).

Conforme a la parte resaltada de esta definición, no será necesaria una mención explícita a los pueblos indígenas en el texto de la norma para afirmar que estamos ante una afectación directa de sus derechos, sino que habrá que valorar la potencial afectación directa de sus derechos en caso se aplique la norma a situaciones que deban involucrarlos de manera particular. Ello puede obligar al legislador a considerar los derechos indígenas en los efectos futuros, debiendo prever medidas especiales al respecto. De lo contrario, se estaría excluyendo y discriminando a nuestros pueblos indígenas y dejándolos sin regulación específica para su caso concreto.⁴⁴

Ello podría rescatarse a manera de una Interpretación Social de nuestra Constitución o de una norma de rango constitucional como lo es el Convenio N° 169 de la OIT pues, a decir de Marcial Rubio:⁴⁵

(...) la Constitución tiene normas reglas y normas principio. En esta cita se señala que estas últimas normas contienen postulados político sociales y político económicos constitucionales. La finalidad de la interpretación social es, precisamente, aplicar de la mejor manera posible dichos postulados. Para ello, es necesario vincular las normas previstas en la Carta con la realidad cotidiana y ver cómo pueden cumplirse mejor en concreto.” (...) “La realidad tiene una estructura, unas relaciones y una composición. El Derecho regula dicha realidad en sus diversos aspectos: social, económico, político, etcétera. No puede haber una desvinculación entre Derecho y sociedad, pero, además, los fines constitucionales deben cumplirse en la realidad. Por consiguiente, el Derecho Constitucional no puede aplicarse al margen de la realidad social concreta a la que, precisamente, se aplica con sus objetivos y finalidades. La teleología del Derecho Constitucional es eminentemente social, pues organiza a la sociedad en sus mayores aspectos y, por consiguiente, el criterio social de interpretación debe estar presente en la metodología de trabajo.

En este marco, se trata de regular con previsibilidad la obligación estatal de atender a una realidad indígena mediante sus actos legislativos y, a la vez, de favorecer el ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada, garantizándolo de manera efectiva.

43 MENDOZA FRISCH, Verónica Fanny. Proyecto de Ley N° 1183/2011-CR, 28 de mayo de 2012.

44 Así, por ejemplo, en la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00022-2009-PI se declara infundado el pedido de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, bajo el argumento de no hacer referencia alguna a las tierras de pueblos indígenas. A la fecha existe un gran porcentaje de comunidades campesinas y nativas que no han podido sanear sus predios, titularse o formalizarse; las que actualmente se encuentran a la espera de la regulación específica de sus derechos de propiedad.

45 RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación de la Constitución Según el Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la segunda edición. Lima 2010. PP. 59 y 60.

4.1.1.2.6. Sobre la Autodeterminación y el supuesto Derecho a Veto (Sentencia N° 03343-2007-PA, Fundamentos 21 y 32):

21. *Es decir, cuando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa (...) permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, (...) está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.*

(...)

32. *Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. (...)*

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas⁴⁶ o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

En este marco, el TC argumenta las características del derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas en el Perú, el mismo que no niega el “imperium” o poder soberano del Estado, pero que supone contar con derechos como el de la consulta, que les permite decidir sobre sus prioridades en el proceso de desarrollo y preservación de su cultura; es decir, en la posibilidad que implica conseguir acuerdos con el Estado y en derechos que no involucren derechos de terceros, sino los suyos propios (organización política y económica, aplicación de su derecho consuetudinario, etcétera).

En este sentido se explica el Convenio N° 169 de la OIT cuando en su artículo 7.1 precisa que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (...). (El subrayado es nuestro)

⁴⁶ Como recordaremos, en el artículo 1°, 3 del Convenio N° 169 de la OIT, se pretende desvincular la aplicación del Convenio de procesos de búsqueda de autonomía secesionista de los pueblos que regula, pues ello supone la reducción de la soberanía de los Estados que se han constituido como parte en él.

A ello podemos sumar consideraciones adicionales que ha tenido nuestro TC en atención a otros instrumentos del derecho internacional:⁴⁷

23. (...) el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículos 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI). Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto a su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

Así, el TC se ha limitado a recoger lo previsto en el Convenio N° 169-OIT, según lo mencionamos líneas arriba en atención a la Doctrina de la Participación y la de la Libre Determinación; excluyendo entender a la finalidad de lograr el consentimiento en un proceso de consulta, como un derecho a veto de dichos pueblos.

Ello se rescata también del fundamento 24 de la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00022-2009-PI, en la que se argumenta que:

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

A ello se suma la argumentación constitucional que desarrolla el Tribunal en esta sentencia, conforme a su fundamento 25, en el que se prevé al bien común como finalidad superior frente a un supuesto derecho a veto:

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que

47 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 01126-2011-HC, fundamento 23.

el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

4.1.1.2.7. Sobre la Coparticipación en el Disfrute de la Riqueza (Sentencia N° 00022-2009-PI, Fundamento 52):

Conforme se menciona en el fundamento 33 de la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00022-2009-PI, el diálogo intercultural que lleva consigo un proceso de consulta implica, además de buscar acuerdos o lograr el consentimiento de un pueblo indígena, al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de dicho pueblo, cuyos integrantes deberán resultar notoriamente beneficiados.

Es por ello que en el fundamento 52 de dicha sentencia se desarrolla tal concepto de coparticipación:

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.

Así, mecanismos de afectación a la propiedad indígena como la expropiación o la servidumbre no deben darse por compensados con el justiprecio que pueda corresponder por el valor de las tierras involucradas, sino que los miembros del pueblo indígena deberán también percibir los beneficios que se deriven de la actividad industrial que se desarrolle en sus territorios ancestrales.

Dicha coparticipación se da entonces a manera de compensación de carácter económico. No obstante ello, si bien el Tribunal hace referencia al derecho de propiedad indígena, también lo hace respecto del concepto de territorios ancestrales, los que según hemos explicado líneas arriba trascienden a dicho derecho de propiedad, incluyéndolo pero no restringiéndose a él.

De esta manera, debemos hablar de derechos o intereses que pueden reclamar su protección o salvaguarda en virtud de las tierras que ostentan en posesión y aquellas a las que se ha tenido tradicional acceso para sus actividades ancestrales o de subsistencia.

Esto responde a lo previsto en el numeral 1 del artículo 13° del Convenio N° 169 de la OIT, cuando dispone que:

Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Así, las tierras o territorios de nuestros pueblos indígenas se conforman sobre la base de un mosaico de derechos que incluyen a los espacios reconocidos en propiedad, entre otros; de manera que el respeto a tales valores espirituales existentes entre estos pueblos trasciende a los espacios reconocidos en propiedad.

4.1.2. Antecedentes sociopolíticos e iniciativas legislativas

4.1.2.1. Institucionalidad indígena ligada a sus políticas públicas

Como hemos mencionado ya, el artículo 7.1 del Convenio 169-OIT consagra el derecho de los pueblos indígenas a “decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

A fin de garantizar este derecho, se establece que los Estados *deberán asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones* (artículo 33°).

Desde que fueron reconocidas por la República Peruana, en 1920, las comunidades indígenas adolecen de una instancia especializada orientada a analizar su situación o propender a la defensa de sus derechos. El INDEPA se creó recién en el año 2005 como la primera institución estatal orientada a generar la participación de los pueblos indígenas y a promover políticas interculturales mediante la Ley N° 28495.

Al INDEPA se le reconoció el mandato de velar por el cumplimiento de dichas políticas y supervisar que el conjunto de programas y acciones específicas del Estado se adecuen a las mismas. En el consejo directivo del INDEPA deberían participar catorce representantes estatales y nueve representantes de las organizaciones indígenas y afroperuana.

No obstante, el INDEPA nunca ha funcionado en su verdadera dimensión. Luego de que el presidente Toledo lo constituyó (incluso con el nombramiento de los representantes indígenas y afroperuano en su directorio) nunca tuvo personal ni presupuesto idóneo para el cumplimiento de sus funciones, y fue completamente ignorado por los ministerios y demás autoridades.

Durante el gobierno de Alan García no se asumió al INDEPA con seriedad. Inicialmente fue convertido en una oficina del MIMDES, y se reorientaron sus funciones a la labor asistencialista

y de alivio a la pobreza que caracteriza a este ministerio. Luego fue repuesto como entidad autónoma por el Congreso, pero siempre adscrito al MIMDES. Posteriormente fue transferido a la PCM, sector al que pertenecía desde un inicio, y convertido en un “órgano técnico especializado”.

Seguidamente, ha sido adscrito al MINCUL conforme a la ley⁴⁸ de creación de este ministerio. A ello se suma el que, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo,⁴⁹ la reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción de entidades como el INDEPA se debe acordar por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, al igual que su ROF. Es por ello que mediante el Decreto Supremo N° 001-2010-MC⁵⁰ se dispone la fusión por absorción del INDEPA al MINCUL.

Con esto, todas las funciones y competencias se reparten dentro de la organización del MINCUL; prácticamente todas dentro del Viceministerio de Interculturalidad. Tal absorción supuso el fin de la persona jurídica de derecho público INDEPA.

La figura se hace más compleja pues la denominación INDEPA se ha seguido usando en el MINCUL, ya que, conforme a su ROF⁵¹, así se denomina a una Comisión Consultiva que se conforma por especialistas en los temas del sector Cultura y que son convocados por el ministro cuando este lo requiera⁵². De igual modo ha sido identificada la Unidad Ejecutora N° 004, a la que el Viceministerio de Interculturalidad le ha confiado determinados encargos,⁵³ a los que debe responder técnicamente mediante la ejecución del presupuesto que sustenta su razón de existir.⁵⁴

CAMBIOS EN LA INSTITUCIONALIDAD DEL INDEPA⁵⁵

NORMA	FECHA	CONTENIDO	CARACTERÍSTICAS
LEY N° 28495	06/04/2005	Se crea el Instituto de Desarrollo de los Pueblos Andino Amazónicos y Afroperuano como organismo público descentralizado dependiente de la PCM.	<ul style="list-style-type: none"> Organismo autónomo en lo presupuestal y administrativo. Su presidente tiene voz en el Consejo de Ministros. Participación Indígena en el Consejo Directivo. Organismo transectorial con participación de todos los ministerios y entidades decisoras del Estado.

48 Ley N° 29565, artículo 11°.

49 Ley N° 29158, artículo 28°.

50 Decreto Supremo que aprueba fusiones de entidades y órganos en el Ministerio de Cultura, artículo 1°, 1.1. b).

51 Decreto Supremo N° 001-2011-MC, artículo 5°, II. y 27°.

52 Concordante con lo previsto en el artículo 37° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

53 Tenemos conocimiento que son: reglamentación de la ley de consulta; reconocimiento de pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, la categorización de sus tierras o la adecuación de las reservas territoriales existentes; y, generar una propuesta de institucionalidad estatal indígena considerando el nuevo marco legal existente.

54 Ministerio de Economía y Finanzas -MEF. “Glosario de Presupuesto Público”. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_glossary&letter=U&id=524&Itemid=100297&lang=es

55 Elaboración Propia; es parte del Informe Alternativo 2010 de las Organizaciones Indígenas y la Sociedad Civil al CEACR de la OIT, salvo en lo que corresponde a la Ley N° 29565 y el DS 001-2010-MC.

NORMA	FECHA	CONTENIDO	CARACTERÍSTICAS
D.S. N° 001-2007-MIMDES	23/02/2007	Se convierte a INDEPA en una unidad del MIMDES.	<ul style="list-style-type: none"> • Pierde su autonomía institucional. • Se elimina la participación indígena en su estructura. • Su presidente ya no tiene participación en el Consejo de Ministros. • Su misión institucional debe adecuarse a la del MIMDES, enfocada en el alivio a la pobreza.
Ley N° 29146	13/12/2007	Se revoca el D.S. 001-2007-MIMDES para reintegrarle su autonomía funcional al INDEPA.	<ul style="list-style-type: none"> • Aunque recobró autonomía formal, nunca se restableció la participación indígena. • Nunca se retomó la participación en el Consejo de Ministros.
D.S. N° 022-2010-PCM	10/02/2010	Se convierte a INDEPA en Unidad Técnica Especializada adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.	<ul style="list-style-type: none"> • INDEPA recuperaría su carácter transectorial • Se le otorgaron 90 días para reestructurarse.
Ley N° 29565 y D.S. N° 001-2010-MC	22/07/2010 y 25/09/2010	Se crea el MINCUL y el INDEPA es absorbido por aquél mediante fusión.	<ul style="list-style-type: none"> • INDEPA desaparece, y el Vice-ministerio de Interculturalidad, asume gran parte de sus competencias. • No se cuenta con un espacio de participación indígena dentro de la institucionalidad actual.

4.1.2.2. Propuestas iniciales para la regulación de la consulta

El artículo 6° del Convenio establece específicamente la obligación de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Las Consultas que deben realizarse de manera apropiada, oportuna y de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los consultados”.

Ninguno de los órganos estatales que detentan función legislativa en Perú (Congreso de la República, concejos municipales, concejos regionales, Gobierno Nacional), había desarrollado legalmente los procedimientos formales destinados a la consulta previa a los pueblos indígenas.

En el espacio parlamentario peruano recién desde 2006 se comenzaron a discutir diversas iniciativas de ley cuyo objeto es implementar el derecho a la consulta previa; siendo las principales:

- Proyecto 413/2006-CR, orientado a la regulación de la consulta previa a las comunidades indígenas para efectos de la explotación de recursos naturales en sus territorios.
- Proyecto 427/2006-CR, que desarrolla conceptos sobre la consulta previa en caso de medidas legislativas y proyectos de desarrollo en territorios indígenas. Propone un procedimiento para la aprobación de las normas, la finalidad, condicionalidades de los contratos que se suscriban en caso de ser favorable la consulta y el procedimiento en el caso de normas legales.
- Proyecto 2016/2007-CR, que tiene como objeto garantizar que se cuente con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas frente a los actos legales o administrativos o proyectos referidos a ordenamiento territorial, realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales y obras de infraestructura que puedan afectar sus derechos.

Ninguno de estos proyectos de ley prosperó y es recién a raíz del levantamiento indígena de 2008 y 2009 que el Gobierno Central estableció una mesa de diálogo con la organización indígena nacional que representa a las comunidades amazónicas, AIDSESEP. Esta mesa se organizó en cuatro grupos de trabajo con funciones específicas:

- a) Analizar los decretos legislativos cuestionados por las comunidades y consensuar una agenda legislativa (proyectos prioritarios para los pueblos indígenas amazónicos y derogación de diversas normas).
- b) Establecer mecanismos que viabilicen el cumplimiento del Convenio 169-OIT y en particular el procedimiento de consulta previa.
- c) Discutir y consensuar alternativas de desarrollo en la zona.
- d) Analizar los sucesos que ocurrieron en la ciudad de Bagua, donde fallecieron gran cantidad de civiles y policías durante el desalojo de la carretera tomada por la población.

Con fecha 26 de setiembre del 2009, fruto de los acuerdos establecidos luego de la primera movilización indígena, se creó en el Congreso de la República la “Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas”. Esta comisión ad-hoc tenía la función prioritaria de establecer un mecanismo de consulta en el proceso legislativo peruano y recientemente ha publicado sus conclusiones.

Sin embargo, su trabajo estuvo muy limitado pues su mandato fue solo propositivo; no presentará un dictamen para su debate en el pleno del Congreso, sino solo un documento de opinión.

Además de esto, la Comisión consideró que los resultados de la consulta legislativa no pueden obligar la posterior decisión de los congresistas ya que el artículo 93° de nuestra Constitución Política establece que ellos no están sujetos a mandato imperativo. La interpretación de este grupo ad-hoc es que esa prerrogativa impide el cumplimiento obligatorio de los resultados de las consultas a los pueblos indígenas, lo que generó malestar entre las organizaciones indígenas y pocas adhesiones al proceso.

4.1.2.3. Consideraciones legales preliminares para la consulta en el Perú

La atención al deber de implementar legalmente el derecho a la consulta en caso se dispongan medidas administrativas que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas no había sido satisfecha mediante el desarrollo de criterios o procedimientos uniformes en el ordenamiento legal peruano. No obstante ello, algunas disposiciones sectorializadas y excepcionales sobre la consulta merecen tomarse en cuenta.

Según lo hemos mencionado líneas arriba, conforme al marco legal de áreas naturales protegidas-ANP se contaba con una adecuada implementación normativa del derecho a la consulta previa y el consentimiento. Sin embargo, aun con ello, en muchos casos no se han respetado los acuerdos a los que arriban las comunidades indígenas y el Estado. Por ejemplo, en la zona más álgida del conflicto indígena del 2008 y 2009, territorio de los pueblos Awajun y Wampis, se acordó la creación de un Parque Nacional,⁵⁶ lo que incluía sus dimensiones, no obstante que sus límites fueron modificados para permitir concesiones mineras. Este tipo de acciones explican el rechazo generalizado y la desconfianza de la población.

Asimismo, en lo relativo a la utilización productiva de los conocimientos indígenas sobre la diversidad biológica, se ha establecido un criterio legislativo similar al de la creación de las ANP; ello, pues existe un marco normativo internacional, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que ya establece el consentimiento como parámetro obligatorio. De esta manera, la Ley N° 26839⁵⁷ establece:

Artículo 23.- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

Este criterio es ratificado luego por la Ley N° 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos genéticos:

Artículo 5°.- Objetivos del régimen

Son objetivos del presente régimen: (...)

d) Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

Artículo 6°.- Condiciones para el acceso a los conocimientos colectivos

Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo.

Estas normas demuestran que el Estado peruano había comenzado a interpretar el consentimiento previo y el logro de consensos como la razón de ser de los procesos de consulta establecidos en el Convenio 169-OIT.

⁵⁶ Parque Nacional Ichigkat Muja, creado en el 2007.

⁵⁷ Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

El problema vigente era lo singular de este marco legal pues atiende sólo a algunos sectores, quedando pendiente su generalización o alcance a otros ámbitos de la gestión gubernamental sobre la que también inciden los derechos de los pueblos indígenas. Por el contrario, se modifica el sentido de la consulta en función de los intereses económicos implicados en cada caso; tal y como se aprecia en el acápite posterior.

4.1.2.4. Consulta y Aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas

Desde inicios de la década de los noventa, se ha promovido en el Perú un boom minero que implicó pasar de 3 millones de hectáreas cubiertas por concesiones mineras en 1992 a 22 millones de hectáreas en el año 2009, involucrando a más del 60% de las comunidades campesinas tituladas.⁵⁸ En la Amazonia, desde el 2004 a la fecha hemos pasado de 13% del bosque lotizado para actividades de hidrocarburos a una proporción del 70%, afectando principalmente a las comunidades nativas, pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y áreas naturales protegidas.

Pese a que el Convenio estaba plenamente vigente desde 1995, no era considerado en absoluto durante la definición de la política de promoción de los proyectos mineros y energéticos en territorios de comunidades campesinas y nativas. Tampoco se han establecido procedimientos de consulta previa en torno a cada uno de los proyectos en específico.

Recién en febrero del 2008 se incluye al Convenio 169-OIT como una fuente reconocida por el MINEM en sus reglamentos de información y consulta a la población. El Decreto Supremo N° 012-2008-EM, “Nuevo Reglamento de Participación Ciudadana del Sector Hidrocarburos”, menciona el Convenio en su parte considerativa y en el cuerpo de la norma establece un procedimiento específicamente orientado a las comunidades nativas. Similares criterios se aprueban para el Sector Minería mediante el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, promulgado en junio de ese mismo año.

Estas normas reglamentarias no incorporaron los conceptos mínimos requeridos por el Convenio 169-OIT, pues si bien permitían un mayor acceso a la información sobre los proyectos mineros o petroleros, no han significado ningún desarrollo en cuanto al contenido sustantivo del derecho a la consulta libre, previa e informada:

- a) La “consulta” se materializa solo mediante una serie de talleres informativos y audiencias públicas. El “aporte” de estos nuevos reglamentos con relación a sus antecesores, sería que los talleres informativos se realizan a lo largo de las diversas etapas del proyecto (anteriormente solo abarcaba los momentos previos y posteriores a la presentación del EIA).
- b) Las opiniones u observaciones presentadas durante estas audiencias o con posterioridad a ellas son siempre referenciales; las comunidades indígenas o sus organizaciones no tienen la posibilidad real de modificar la implementación o condiciones del proyecto mediante estas observaciones; depende de la voluntad de las autoridades atenderlas o no.

58 De Echave, José: Transnacionales Mineras, Evolución y Tendencias; artículo publicado en “Transnacionales, Estados Nación y Derechos Humanos de los Pueblos”, APRODEH - CEDAL, 2003.

- c) Dichas observaciones y las respuestas que presenten a ellas las empresas interesadas, son resueltas por las mismas autoridades estatales que tienen como principal función institucional la promoción de las actividades mineras y de hidrocarburos.⁵⁹
- d) Otro elemento que desnaturaliza lo que debería ser una consulta, es que estos talleres informativos se desarrollan con posterioridad a las negociaciones y acuerdos que el Estado lleva a cabo con una empresa determinada. La interpretación del Ministerio de Energía y Minas al respecto, es que la obligación establecida en el artículo 15.2 del Convenio es consultar “previo al inicio de las operaciones en los territorios indígenas”, de manera tal que ni la negociación ni el contrato son incluidos en el proceso de consulta, toda vez que las operaciones se inician con la presentación del EIA para la etapa de exploración.

Cabe reiterar que la OIT, mediante su Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y recomendaciones - CEACR, se pronunció sobre este tema en sus Observaciones al Gobierno peruano desde el año 2005:

La Consulta está reconocida explícitamente en el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (ANP)... La Comisión nota con interés los esfuerzos realizados en ese sentido, y teniendo en cuenta que la consulta y la participación son mecanismos fundamentales en los que se apoyan las demás disposiciones del Convenio, espera que el gobierno seguirá trabajando para extender la aplicación de la consulta y la participación a las demás medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

No obstante, el gobierno peruano no acató estas recomendaciones destinadas a orientar el cumplimiento del Convenio 169-OIT. Es por ello que, frente a la presentación de un informe alternativo de las organizaciones indígenas andinas y amazónicas, la CEACR señaló lo siguiente en el año 2009:

Consulta, Recursos: La Comisión toma nota de que, según la memoria, el Gobierno ha realizado ciertos esfuerzos en materia de consulta y participación pero no puede dejar de notar que las comunicaciones, elaboradas con amplia participación indígena, e incluso el informe de la Defensoría citado hacen referencia a que estos esfuerzos son puntuales, aislados e incluso no ajustados al Convenio (reuniones de información y no de consulta por ejemplo) y que falta participación y consulta para hacer frente a los numerosos conflictos relacionados con explotación de recursos en tierras ocupadas tradicionalmente por pueblos indígenas. La Comisión expresa su preocupación por los alegatos recibidos y la falta de comentarios del Gobierno sobre los mismos. La Comisión insta al Gobierno que, con la participación y consulta de los pueblos indígenas adopte sin demora las medidas necesarias para garantizar: 1) la participación y consulta de los pueblos indígenas de manera coordinada y sistemática a la luz de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio; 2) la identificación de situaciones urgentes relacionadas con la explotación de recursos naturales que pongan en riesgo las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados y la aplicación rápida de las medidas especiales que se precisen para salvaguardarlos. La Comisión solicita al Gobierno que se sirva proporcionar informaciones sobre dichas medidas, junto con sus comentarios a las comunicaciones recibidas.

59 El MINEM en el caso de proyectos mineros y el propio MINEM o PERU PETRO para proyectos de hidrocarburos, dependiendo de la etapa en que se encuentre el proyecto.

Según lo hemos mencionado, tuvieron que transcurrir los luctuosos sucesos de Bagua, para que el Convenio 169-OIT sea realmente considerado por los poderes estatales. Por mandato del TC al MINEM, éste aprobó el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Consulta a los Pueblos Indígenas en las Actividades Minero-Energéticas.

Este documento, aunque ha sido materia de críticas puntuales y razonables⁶⁰ desde las organizaciones indígenas y diversas ONG, constituyó a nuestro juicio una medida relevante para el debate nacional sobre la implementación del derecho a la consulta.

Es así que en esta norma se establecieron algunos de los elementos básicos que hemos explicado a lo largo del presente texto:

- Se reconoce que el objetivo de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.
- Se señala que la consulta deberá ser necesariamente previa y en todos los supuestos que impliquen afectación de derechos indígenas; se incluye un detalle de los momentos específicos en cada tipo de concesión (minera, hidrocarburos, eléctrica).
- Se explica que, en caso de no obtener el consentimiento, el Estado podrá desarrollar la medida, pero deberá fundamentar por escrito su decisión y deberá brindar recursos legales a los indígenas para que observen dicha decisión.

4.1.2.5. Algunos temas considerados críticos

- **Sobre el consentimiento y la cautela respecto del “poder de veto”**

Como hemos visto, es un argumento común de los gobiernos que la consulta a los pueblos indígenas debe constituirse en mecanismo de participación, de información, diálogo, recojo de opiniones. Empero -al final de todo el proceso- la decisión sobre adoptar o no la medida o norma consultada, se debe mantener dentro del ámbito de la soberanía del Estado. La justificación general en el caso peruano es que ningún grupo de la sociedad debe gozar de un “poder de veto”, del que no gozan otros sectores sociales. Por ello, no cabría la posibilidad de incorporar el resultado de la consulta como mandato obligatorio para las autoridades, sino solo como referencia a ser evaluada por los tomadores de decisión.

Es muy importante entender que el proceso de consulta, cumpliendo una serie de condiciones, está destinado a buscar un acuerdo o, en determinadas circunstancias, lograr el consentimiento de un pueblo indígena mediante el diálogo oportuno entre ellos y el Estado, dado que sus territorios e identidades culturales deben gozar de un nivel especial de protección y respeto. De este modo, se crea un espacio formal para concertar o cuestionar; pero el grado de la influencia indígena no es idéntico en todos los casos.

⁶⁰ Entre otras observaciones, se señaló la ausencia del respectivo proceso de consulta para su propia aprobación; la exclusión de algunas medidas administrativas para su correspondiente proceso consultivo; el establecimiento de plazos muy cortos para que los pueblos interesados evalúen la medida; no preveía la posibilidad de que los pueblos indígenas propongan las medidas a ser consultadas; y, la restricción de la representación indígena al hacer partícipes únicamente a las organizaciones nacionales en los procesos de consulta sobre medidas normativas.

Como ha señalado Biviany Rojas, el enfoque en torno al “poder de veto” es inexacto y genera confusiones.⁶¹ El consentimiento no debe discutirse en abstracto, pues depende de cada decisión administrativa o legislativa que se ponga en consulta. Muy bien apunta la autora que es el derecho sustantivo discutido en cada caso lo que determina las consecuencias jurídicas de una consulta.

Por ejemplo, en torno a una Ley General de Educación, los pueblos indígenas pueden invocar el derecho a una consulta, en la medida que esta norma los va a afectar también, como al resto de la sociedad. En este caso, la consulta previa garantiza su derecho a la participación, dentro de los parámetros interculturales que establece el Convenio 169-OIT. Cumplido el ejercicio, ya garantizada la participación, ¿podrán ellos por su sola oposición impedir que esta ley general se apruebe?; de seguro que no. Tendrían que buscar los canales de cuestionamiento judicial o político que usaría cualquier otro grupo de ciudadanos o promover una norma específica que responda a sus particularidades.

Pero en otro supuesto, si se pretende aprobar una norma para flexibilizar las condiciones de disposición de los territorios comunales (como fue el derogado Decreto Legislativo N° 1015, materia de las protestas indígenas del 2008), la consulta debería hacerse sin discusión, porque es una norma que afecta específicamente a los indígenas. En este caso ¿qué derecho se protege? La propiedad colectiva sobre los territorios, la cual debe ser plenamente garantizada por el Estado. Desde nuestro punto de vista, en este tipo de casos no puede aprobarse la supuesta norma si no hay un consentimiento expreso de los pueblos indígenas involucrados. Similar argumento es aplicable a las consultas sobre los proyectos de infraestructura o extractivos que afectan un territorio indígena.

No hablemos pues de un “poder de veto”, en abstracto, sino del derecho al territorio, a la vida, a mantener su existencia e integridad como pueblos. Estos derechos simplemente se canalizan mediante la consulta previa, de manera que el consentimiento es una consecuencia jurídica que será necesaria dependiendo del derecho en juego.

Como ya señalamos, el derecho internacional ha consolidado el criterio de que el consentimiento será imprescindible cuando esté expresamente normado o cuando se pretendan desarrollar proyectos o actividades que pongan en riesgo la continuidad cultural o física de un pueblo o comunidad. Así lo hace constar el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en sus recientes Observaciones sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile⁶², ha señalado:

(...) en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha

61 Rojas Garzón, Biviany: “La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil. Un verdadero reto de reinención democrática y creatividad normativa”. Artículo publicado en “La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas, Legislación y Jurisprudencia”. RAMA, 2009, Quito.

62 ANAYA, James. “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. Consejo de Derechos Humanos, 12° período de sesiones. Tema 3 del programa. 14 de setiembre del 2009; fundamento 39, p. 21.

concluido que el requisito del consentimiento es exigible en aquellos casos de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor sobre los pueblos indígenas [Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007] En este mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, en casos tales como el traslado forzoso de comunidades indígenas o el depósito de materiales peligrosos en el territorio de una comunidad (arts. 10, 29.2).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas ha establecido al respecto:

14.- (...) El Comité exhorta al Estado parte a que apruebe la Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas en Materia Ambiental tomando en cuenta su Recomendación general N.º 23 (párr. 4, inc. d) por la cual se insta “a los Estados partes a garantizar que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento informado.” A la luz de esta Recomendación general, el Comité exhorta al Estado parte a que consulte a las comunidades de los pueblos indígenas interesados en cada etapa del proceso y que obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales.⁶³

22. (...) El Comité exhorta al Estado parte a consultar de manera efectiva a los pueblos indígenas en todos los proyectos relacionados con sus tierras ancestrales y, a que obtenga su consentimiento informado antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales de conformidad con los estándares internacionales. El Comité señala a la atención del Estado parte su Observación General No.23 (1997) sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁴

- **Sobre el reconocimiento de sujetos colectivos como pueblo indígena**

Según lo hemos mencionado, los pueblos indígenas se definen por su preexistencia a los Estados en que habitan y por conservar sus instituciones y costumbres (su idioma, sus estilos de vida, su especial relación con la tierra y recursos naturales, su organización comunal, su sistema de justicia, etcétera).

A ello se suma un criterio fundamental para su determinación como tales: su propio reconocimiento y conciencia respecto a su identidad indígena, aunque no utilicen ese término exacto, ya que muchas veces conlleva una carga peyorativa. Esta identidad puede ser definida como el sentido de pertenencia a un determinado pueblo, a determinada cultura, identidad que puede radicar en la forma de vida, en el pensamiento, el idioma, la manera de vestir.⁶⁵

63 Naciones Unidas. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - PERU. “Examen de los Informes Presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 75° período de sesiones. Del 03 al 28 de agosto de 2009; fundamento 14.

64 Naciones Unidas. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - CHILE. “Examen de los Informes Presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 75° período de sesiones. Del 03 al 28 de agosto de 2009; fundamento 22.

65 Defensoría del Pueblo. “Comentarios al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Junio de 2003.

El Perú alberga una gran cantidad de población indígena, tanto en términos absolutos como porcentuales. En nuestro país habitan más de 70 pueblos indígenas pertenecientes a 18 familias lingüísticas diferentes.⁶⁶ Los más numerosos son los quechuas y ayamaras en la región andina, mientras que en la región amazónica conviven 14 familias lingüísticas, cuatro pueblos con idiomas no emparentados y una cantidad indeterminada de pueblos que viven en situación de aislamiento voluntario.

En sus comunicaciones oficiales al CEACR de la OIT en torno al cumplimiento del Convenio 169, el Estado peruano ha señalado que la población indígena en el Perú comprende aproximadamente al 40% de la población total del país (con datos del censo de 1993). Lo cierto es que estos datos fueron obtenidos en función de la lengua materna, sin tomar en cuenta criterios de auto identificación ni de forma de vida (comunal, urbana, etcétera). El Estado peruano no cuenta con información oficial en torno a la población indígena que alberga; el año 2007 realizó un censo indígena, pero únicamente en la región amazónica, obviando completamente a los andinos.

Aunque los dos últimos censos no abordan este ítem, estudios adicionales del INEI,⁶⁷ permiten calcular que el 57,6% de la población se identifica como mestizo; el 22,5% se definieron quechuas; como “blancos” un 4,8%; aimaras un 2,7%; amazónicos, el 1,7%; el 9,1% señaló categorías diferentes a las mencionadas o no se identificó con alguna. Se constata que por lo menos el 26.9% de la población total del país se autoidentifica directa o indirectamente dentro del concepto “indígena”.

Entonces, ¿cómo se da el reconocimiento o consideración de los pueblos indígenas en la legislación peruana? La Constitución vigente establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural; asimismo, protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (Art. 2); reconoce la necesidad de la educación intercultural bilingüe y la fomenta, según las características de cada zona; preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (Art. 17); reconoce como idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes (Art. 48) y consagra el derecho de propiedad comunal sobre la tierra (Art. 89).

Como podemos apreciar, nuestra Constitución se enmarca aún dentro del enfoque teórico del multiculturalismo, a lo que ha sumado la tímida incorporación de algunos elementos del enfoque de los derechos colectivos, según hemos hecho referencia líneas arriba,⁶⁸ sobre su autonomía comunal y administración de justicia. Sin embargo, conforme ya lo hemos señalado, en nuestra Constitución no se reconoce expresamente a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos, sino solo a las comunidades nativas y campesinas,⁶⁹ que son espacios nucleares de identidades más amplias.

Demostrando la inconsistencia de esta omisión, como recordaremos, en la normativa infra constitucional peruana sí se han desarrollado conceptos y definiciones específicas sobre los pueblos indígenas u originarios:

66 Según datos del MINEDU, las 14 familias lingüísticas son: Quechua, Aymara, Arahua, Cahuapana, Harakmbut, Amarakaeri, Huitoto, Jíbaro, Pano, Tucano, Peba Yahua, Tupi-Guaraní, Cocama-Cocamilla, Zaparo, a las que se debe agregar cuatro idiomas sin clasificación o parentesco: Taushiro, Ticuna, Urarina, Candoshi

67 INEI. Estado de la Población Peruana 2007. Indocumentación y grupos étnicos.

68 Constitución Política del Perú, artículos 88°, 89° y 149°.

69 La única mención a los “pueblos originarios” se encuentra en su Art. 191, referido a porcentajes de representación en las listas de postulantes a los gobiernos regionales y municipales.

- Ley N° 27811, La Ley de Protección de la Diversidad Biológica y de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas⁷⁰
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente⁷¹
- Ley N° 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.⁷²

En este contexto de indefiniciones y ambigüedades, a raíz de las observaciones del Gobierno Central sobre la Ley de consulta previa aprobada por el Congreso en mayo del 2010, se abrió un debate sobre si el derecho a la consulta previa debe ser aplicable a las comunidades campesinas de la zona andina y costeña. Debate motivado, sin duda, por el Poder Ejecutivo, pero al cual se han sumado entusiastamente algunos intelectuales y actores económicos (particularmente, la CONFIEP).

No obstante ello, consideramos que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las comunidades campesinas tienen todas las facultades para reivindicarse como sujetos de derecho amparados por el Convenio 169-OIT.⁷³ Más allá de las inconsistencias de nuestra normativa interna, esta debe analizarse dentro de los cánones que se ha impuesto el Estado peruano en torno a los derechos humanos en general y a los derechos de los pueblos indígenas en particular. Al respecto son relevantes los artículos 3° y 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, que analizamos en el punto siguiente.

En el mismo sentido opina el CEACR que en sus observaciones del año 2011 al Perú establece:

(...) La Comisión toma nota de que el Gobierno en su observación al proyecto de ley de consulta (oficio núm. 142-2010-DP/SCM) se opone a la inclusión de la comunidad campesina andina y costeña en la definición de los «pueblos indígenas» (observación núm. 6). A este respecto, la Comisión recuerda que en comentarios anteriores tomó nota de la información del Gobierno según la cual la Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (núm. 28495) se refiere en su artículo 2 a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos y que las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales, lo cual coincide con lo dispuesto en los artículos 89 y 149 de la Constitución de la República. La Comisión recuerda que en dicha ocasión subrayó la necesidad de

70 Artículo 2°: “pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas”.

71 Artículo 70°: “En el diseño y aplicación de la política ambiental y, en particular, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, se deben salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. Las autoridades públicas promueven su participación e integración en la gestión del ambiente”. Artículo 71°: “El Estado reconoce, respeta, registra, protege y contribuye a aplicar más ampliamente los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, en tanto ellos constituyen una manifestación de sus estilos de vida tradicionales y son consistentes con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos naturales. El Estado promueve su participación, justa y equitativa, en los beneficios derivados de dichos conocimientos y fomenta su participación en la conservación y la gestión del ambiente y los ecosistemas”.

72 Artículo 2°: “Aquellos que se auto reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial”.

73 Como recordaremos, uno de sus criterios objetivos puede ser el estar regidos por una legislación especial, conforme al Convenio N° 169 de la OIT, artículo 1°, 1. a).

que las comunidades indígenas estén cubiertas por el Convenio, independientemente de su denominación.

- **La institucionalización de la discriminación, limitante al diálogo serio en torno a los derechos indígenas**

Resulta gráfico para dar cuenta del grave problema de menosprecio sobre lo indígena en el Perú, las declaraciones del presidente García, sobre los pueblos indígenas:

Así, en la saga “El Síndrome del Perro del Hortelano”, Alan García plantea lo siguiente:⁷⁴

Además existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tienen 200 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil hectáreas y las otras son propiedad ociosa, de ‘mano muerta’, mientras sus habitantes viven en la extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda *en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, si serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador... Este es un caso que se encuentra en todo el Perú, tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente. Esa misma tierra vendida en grandes lotes traería tecnología de la que se beneficiaría también el comunero, pero la telaraña ideológica del siglo XIX subsiste como un impedimento. El perro del hortelano”.*

...Pero la demagogia y el engaño dicen que esas tierras no pueden tocarse porque son objetos sagrados y que esa organización comunal es la organización original del Perú, sin saber que fue una creación del virrey Toledo para arrinconar a los indígenas en las tierras no productivas...

Como señalamos, hay un problema epistémico entre la visión occidental e indígena en relación a los recursos naturales. Si bien esta diferencia no es la única causa de los problemas, es importante tomarla en cuenta y asumirla como un reto de relaciones interculturales. La consideración de la tierra como un objeto sagrado o incluso como un elemento vivo, del cual somos parte, representa un elemento cultural compartido por todos los pueblos originarios del continente americano. Sin embargo, el presidente García consideró que estas percepciones son demagógicas.

Luego de la tragedia de Bagua, cierto que inmediatamente después, se mantuvo este estilo peyorativo, señalando que lo indígena no es una agenda en sí misma, sino que ellos expresan por ignorancia ideologías ajenas:⁷⁵

Vergüenza caiga sobre los políticos que incapaces de convencer en las ciudades han ido a buscar en *el fondo de la Selva la barbarie* para oponerla al Estado; vergüenza caiga sobre los politiqueros *que incapaces de ganar elecciones y convencer a la Nación juntan grupos de irracionalidad para hacer con ellos lo que ayer se ha hecho.*⁷⁶

74 GARCIA PEREZ, Alan. “El Síndrome del Perro del Hortelano”. Diario El Comercio, domingo 28 de octubre de 2007.

75 Ibid.

76 Nota de Prensa de la Presidencia de la República, 7 de Junio del 2009: www.pcm.gob.pe

Hemos sufrido una agresión que es producto de una conspiración que es la de los que no quieren que el Perú progrese, o por sus intereses externos o *por su ignorancia elemental*, no quieren que el Perú progrese y quieren oponer al desarrollo de la patria la queja y la agresión.

“El Perú es hoy un punto de atracción de inversiones, nadie lo duda pero muchos lo envidian y quieren detenerlo, y *usan para eso la ignorancia de sus quintas columnas internas* organizándolos con el beneficio de *malos políticos que no pueden convencer al país y buscan en lo más retrasado y más profundo de nuestro pasado* instrumentos para poder coactar y chantajear al Perú”.⁷⁷ (Subrayado nuestro)

No es aceptable para el gobierno del Perú que la tragedia de Bagua sea fruto de un conflicto de intereses legítimos y derechos agredidos, pese a que este tema ha sido alertado por diversas instancias especializadas, entre ellas la Defensoría del Pueblo.

Casi al finalizar su mandato, luego de aprobarse un nuevo Reglamento de Consulta a los pueblos indígenas en torno a Minería, Hidrocarburos y Actividades Energéticas, podría asumirse que el presidente emitiera un balance sereno sobre el problema indígena, sin embargo, posteriores declaraciones públicas del mandatario nos revelan lo contrario:

(...) En tercer lugar, derrotar las ideologías absurdas, panteístas, que creen que las paredes son dioses y el aire es dios. En fin, volver a esas formas primitivas de religiosidad donde se dice no toques ese cerro porque es un Apu, porque está lleno del espíritu milenario y no sé qué cosa. Bueno, si llegamos a eso, entonces, no hagamos nada, ni minería. No toques a esos peces, porque son criaturas de Dios y son la expresión del Dios Poseidón. Volvemos a ese animismo primitivo. Yo pienso que necesitamos más educación...”.

- **Retrasos en la aprobación de una Ley de Consulta**

Pasados los lamentables sucesos de Bagua, en el marco de los acuerdos entre los pueblos indígenas y el Poder Ejecutivo, la Mesa de Trabajo 3 elaboró una propuesta de Ley Marco sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú, a fin de que ésta sea elevada al Congreso de la República para su posterior aprobación y promulgación.

Durante el proceso de diálogo al interior de la Comisión, se acordó que el documento base de dicha propuesta normativa sería el Proyecto de Ley N° 3370/2008-DP, presentado por la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República el 6 de julio del 2009.

Tras meses de reuniones y debates, se cumplió con el encargo asignado y esta mesa de trabajo alcanzó al Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos una propuesta legislativa sobre la consulta previa a los pueblos indígenas. Sin embargo, dicha propuesta no fue luego respaldada por el Poder Ejecutivo, que condicionó su aprobación al respaldo del informe sobre los sucesos de Bagua, lo que no era materia de consenso.

La propuesta aprobada en esta mesa de trabajo fue luego enriquecida por las organizaciones indígenas andinas del Perú (CONACAMI, CCP, CNA) y presentada en conjunto con AIDSESP y

77 Nota de Prensa de la Presidencia de la República, 10 de junio 2009: www.pcm.gob.pe

CONAP al Congreso de la República. La Comisión de Pueblos Andino-Amazónicos, Ambiente y Ecología del Parlamento recogió esa propuesta y presentó un dictamen que contaba con el pleno respaldo de las organizaciones indígenas.

El referido dictamen no fue finalmente debatido por el Pleno del Congreso. Por cuestiones reglamentarias se priorizó el debate de otro dictamen relativo a la Ley de Consulta, elaborado por la Comisión de Constitución. No obstante este cambio, las organizaciones indígenas y la sociedad civil presentaron aportes a este nuevo documento, para hacerlo más cercano a la propuesta consensuada anteriormente, logrando que se incorporen los mínimos estándares aceptables que viabilizarían el derecho a la consulta previa en el Perú.

Finalmente, el 19 de mayo del 2010, el Pleno del Congreso de la República aprobó una Ley que fue respaldada por las organizaciones indígenas, pese a que este texto no expresaba el íntegro de los acuerdos consensuados con la Comisión de Pueblos Andino-Amazónico, Ambiente y Ecología. La ocasión era inmejorable para avanzar en la implementación del derecho a la consulta.

Sin embargo, esta ley fue materia de diversas observaciones por parte del Poder Ejecutivo, que, bajo la administración de Alan García, se negó a promulgar. Son muchas las observaciones, pero lo más grave es que entre sus argumentos sustentaban que las comunidades campesinas andinas no deben ser consideradas como sujetos de derecho del Convenio N° 169 de la OIT, desconcertando a la opinión pública y abriendo un debate entre especialistas diversos, incluso logrando la adhesión de algunos intelectuales de la izquierda.

Asimismo, el Gobierno abrió una gran polémica sobre el “derecho a veto”, a pesar de que este no ha sido señalado en la ley aprobada por el Congreso. La idea era cuestionar la finalidad de las consultas, es decir, que se orienten a lograr el consentimiento o el acuerdo con los pueblos indígenas. Como alternativa se propuso que el Gobierno deberá tomar las decisiones finales, aun cuando no sean consentidas por los consultados, en aras de salvaguardar el “interés general”.

Lamentablemente, el 13 de julio de 2011 la Comisión de Constitución del Congreso de la República se allanó a las observaciones presentadas por el Poder Ejecutivo, pese a que la Comisión de Pueblos había optado por la insistencia en el proyecto original.

Más lamentable aún es que el Gobierno de Alan García en estos difíciles años de definiciones en torno al Convenio 169-OIT, instauró un discurso sumamente peyorativo en torno a lo indígena, mediante lo que identificaba como el síndrome del perro del hortelano, según lo hemos expuesto líneas arriba. Esto no ayudaba a ejercer las oportunidades de diálogo que supone el Convenio; todo lo contrario, complica aún más las deterioradas relaciones con el Estado.

A pesar de ello, gracias a la presión de las organizaciones indígenas andinas y amazónicas, el derecho a la consulta previa y el debate sobre el consentimiento está en el centro de la agenda política nacional. Asimismo, se han pronunciado oficialmente sobre sus alcances y contenido la Defensoría del Pueblo (que incluso presentó una propuesta legislativa al respecto) y la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República, encargada de estudiar y recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas, durante el gobierno de García.

La Defensoría del Pueblo, mediante el informe para la memoria del Estado Peruano a la Organización Internacional del Trabajo sobre la implementación del Convenio N° 169-OIT, previó que:⁷⁸

(...) el dialogo entre el Estado y los ciudadanos adquiere especial relevancia en el proceso de debate y aprobación de leyes por parte del Congreso de la República, en virtud de la condición que ostenta dicha instancia estatal como seno de la representación política del país y en atención al alcance general e impacto nacional que tienen las leyes que aprueba. (...) La Consulta no debe ser entendida solamente como una obligación derivada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, sino más bien como parte de la cultura de dialogo que debe primar en la gestión del Estado para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas implica un procedimiento para que ellos puedan dialogar con el Estado a través de sus instituciones representativas (...) con la finalidad que los pueblos indígenas participen en la gestión del estado y puedan ver que éste garantiza sus propias opciones de desarrollo.

Por su parte, la Comisión Multipartidaria concluyó que la consulta previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente:

a) Por la diversidad étnica y cultural del Perú y, b) Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la consulta previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de dialogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia.

Y en cuanto a su conceptualización, esta Comisión especializada del Congreso señaló:

De manera general y aproximativa podemos definir el derecho a la consulta previa, como aquella facultad que tienen los pueblos indígenas para que, dentro de un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura. Dentro de este marco, los pueblos indígenas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las propias opciones de desarrollo de los pueblos indígenas, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos.

De la definición alcanzada, implícitamente se desprende la obligación del Estado de iniciar el proceso de diálogo intercultural con los pueblos indígenas, a efectos de darles a conocer en forma previa y anticipada las medidas que piensa adoptar, cualquiera sea su campo o ámbito de acción (económico, social, político, cultural, educativo, laboral, salud, justicia, etc.).

78 Adjuntía para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente. Programa de Comunidades Nativas. "Informe N° 016-2008-DP/ASPMA.PCN" Comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre Proyectos de Ley: Tierras, Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas". Lima, mayo de 2008, p. 1.

Los procesos de consultas deben efectuarse:

1. En todos los sectores y niveles del Estado.
2. En un contexto general de equidad y respeto.
3. En un marco oportuno y transparente de Dialogo Intercultural.
4. De buena fe y de manera apropiada a las circunstancias.
5. Valorando y respetando los intereses, necesidades y prioridades de los pueblos indígenas.
6. Respetando los derechos de libertad, igualdad e identidad de los pueblos indígenas.
10. Respetando los idiomas, tradiciones, usos, costumbres, valores y saberes culturales de los pueblos indígenas.
11. Respetando la representatividad, legitimidad y responsabilidad de las instituciones que representan a los pueblos indígenas.
12. Proporcionando a los pueblos indígenas, información anticipada, adecuada y veraz.
13. Considerando que los criterios de evaluación de los pueblos indígenas en principio aseguren la reflexión y toma de decisión interna, así como la participación efectiva, de acuerdo a sus propios usos y costumbres.

Teniendo presente que la obligación del Estado de consultar alcanza a todos los sectores y niveles del Estado, es evidente que en la actualidad en el Perú no se cumple con el proceso de la participación y consulta previa a los pueblos indígenas, y menos desde la perspectiva del Convenio 169 OIT, aun cuando en los textos y/o consideraciones de algunos reglamentos de “consulta y participación” del sector de energía y minas digan lo contrario, ya que este cumplimiento debe ser eficaz y no únicamente formal, en tanto de que esto da lugar a que el “cumplimiento” sea aparente, parcial, incompleto e imperfecto.

En esta coyuntura se podía considerar que estas dos instancias (la Defensoría del Pueblo y la Comisión Multipartidaria) representaban las posiciones más avanzadas dentro del aparato estatal sobre el derecho a la consulta. No obstante ello, subsisten en sus propuestas elementos polémicos para las organizaciones indígenas.

Así, por ejemplo, el Informe de la Comisión Multipartidaria establece que, en lo referido a consultas legislativas, no puede establecerse el consentimiento previo en ningún supuesto porque ello implicaría “mandato imperativo” sobre los legisladores, contraviniendo, en su criterio, la Constitución Política.⁷⁹ Se insertan así en la perspectiva formalista sobre el “veto” a las decisiones estatales, en lugar de profundizar una visión integral y sistemática, que respete la relación intercultural. Por su parte, la Defensoría del Pueblo concentra sus aportes en torno al proceso de consulta y sus requisitos, pero omite pronunciarse sobre los efectos y alcances de la misma.

Además de ello, debemos señalar que el referido informe de la Comisión Multipartidaria no fue aprobado en el Pleno del Congreso de la República y la propuesta de la Defensoría del Pueblo contó sólo con el aval de AIDSESEP (aunque con observaciones). Es decir que, pese a la urgencia y legitimidad creciente de establecer el derecho a la consulta, aparentemente el Gobierno Central y las fuerzas políticas del Parlamento no gozaban de la voluntad política necesaria para enfrentar este tema en su integridad. Tal es así que la gestión del Poder Ejecutivo encabezado por García, y del correspondiente Legislativo, finalizó sin que se cuente con una ley de consulta promulgada.

⁷⁹ Artículo 93°: “Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación”.

4.2. Apuntes sobre la ley de consulta previa peruana

4.2.1. Antecedentes inmediatos a su aprobación

Iniciada la nueva gestión estatal en julio de 2011, la urgencia y legitimidad a la que hacemos referencia se mantenía vigente alrededor de la ley de consulta. No obstante ello, todos los esfuerzos llevados a cabo en la gestión congresal anterior quedaron archivados debido a este cambio de gestión y renovación, tanto en el Legislativo como en el Ejecutivo.

Sin embargo, en el nuevo Congreso se tomó la iniciativa con inmediatez, planteándose hasta seis proyectos de ley que pretendían desarrollar el derecho a la consulta. Cuatro de ellos eran de la bancada oficialista, en donde se pusieron de acuerdo a fin de debatir en el Pleno un único proyecto sustitutorio, el mismo que asimiló el texto que habían acordado apoyar las organizaciones nacionales de pueblos indígenas y que contaba con el consenso para su aprobación.

Ya en el Pleno, el texto tuvo algunas precisiones adicionales:

- Se cambió la referencia a INDEPA por el Viceministerio de Interculturalidad, en su calidad de organismo especializado en materia indígena.
- Se adicionó, en lo que respecta a la decisión que finalmente adopte el Estado luego de agotado el proceso de consulta, la idea de que de no haber acuerdo entre las partes se adopta todos los medios necesarios sin afectar el derecho a la vida y al desarrollo.
- Se sumó la derogatoria del Decreto Supremo N° 023-2011-M que, según lo referimos, establecía el marco normativo reglamentario para la implementación de la consulta previa en las actividades mineras y energéticas, con más de una disposición cuestionable en él.⁸⁰

Finalmente, el texto fue aprobado por unanimidad en el Pleno del Congreso: 113 votos a favor y 0 en contra; lo que mereció el saludo de diversas instituciones, públicas, privadas e indígenas, entre ellas⁸¹ la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP), Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Red Muqui, Instituto de Defensa Legal (IDL), Paz y Esperanza, así como de la Defensoría del Pueblo y del MINAM. Las expectativas eran muchas, quedando pendiente su promulgación en el nuevo Ejecutivo encabezado por el flamante presidente Ollanta Humala, a fin de que entre en vigencia.

Esto último ocurrió el 6 de septiembre de 2011 en Bagua, lugar en donde meses atrás se desarrollaron eventos violentos que costaron la vida de compatriotas, entre los cuales se encontraban muchos comuneros nativos; eventos que tuvieron como escenario de fondo el discurso discriminatorio que mencionamos con anterioridad, a decir de Margarita Benavides:⁸²

80 Este punto fue aprobado con una votación aparte cuyo resultado fue de 62 votos a favor, 50 en contra y 01 abstención.

81 SERVINDI. "Perú: Amplio Respaldo Social recibe Ley de Consulta. Comunicados de Saludo". 24 de agosto de 2011. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/50080>

82 BENAVIDES, Margarita. "Perú: Los Mártires de la Consulta". 26 de agosto de 2011. Disponible en SERVINDI: <http://servindi.org/actualidad/50164>

El discurso agresivo de Alan García contra los indígenas (...), culminó en una represión “aleccionadora” a los indígenas, a quienes había llamado “perros del hortelano”, “obstáculos al desarrollo”, “ciudadanos que no son de primera clase”, y una serie de infundios más, que expresaban lo más ácido de la discriminación histórica que han sufrido los indígenas de parte de las tradicionales élites económicas y políticas del país.

Y aunque la mayor parte de los peruanos nos vimos conmovidos por la protesta indígena y los sucesos de Bagua, porque pudimos ver con claridad lo que era nuestro país y lo enfrentado que estaba el Estado con un sector de sus ciudadanos discriminados históricamente, Alan García (...) aún se (permitió) presentar a los indígenas como “salvajes”, en una más de sus retorcidas expresiones discriminatorias, cuando los “salvajes” habían sido los del gobierno, que enviaron irresponsablemente a la policía a reprimir, luego de no haber sabido canalizar la protesta desde un primer momento y haber subestimado a los indígenas y su demanda a la consulta previa.

En ese sentido, el nuevo gobierno quería marcar distancia con tal posición, y de ahí la elección de Bagua para la promulgación de nuestra “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”, Ley N° 29785, la primera en esta materia en el mundo.

4.2.2. Comentarios sobre la ley de consulta previa peruana

La cuarta disposición complementaria final de la propia norma dejó en suspenso su entrada en vigencia hasta los noventa días de publicada en el diario oficial El Peruano, lo que se cumplió el 6 de diciembre de 2011. A continuación pasamos a comentar algunos de sus contenidos:

- **Derecho a la Consulta (artículo 2°)**

Además de las medidas legislativas y administrativas, la Ley dispone expresamente que otros supuestos de consulta se configuran cuando sus derechos puedan ser afectados directamente por planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional. Entra, así, a regular materias de competencia regional.

- **Finalidad de la Consulta (Artículo 3°)**

Se precisa que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios. En lo que respecta al consentimiento, no se hace mención expresa a los supuestos establecidos por la jurisprudencia internacional y que serían factibles de aplicar conforme a nuestro marco constitucional; lo mismo ocurre con el supuesto de traslado previsto en el Convenio N° 169 de la OIT.

- **Principios Rectores del derecho a la consulta (Artículo 4°)**

Prácticamente recoge todos los principios establecidos en el Convenio y en la jurisprudencia de nuestro TC, agrupándolos en los siguientes siete conceptos:

- a. Oportunidad:* antes de que se dicte la medida legislativa o administrativa.
- b. Información oportuna:* se debe contar con toda la información y el Estado debe facilitarla de manera comprensible, a fin de que se pueda brindar un punto de vista.

- c. *Interculturalidad*: contar con una metodología para la consulta en cada caso, respetando la identidad cultural (lengua, costumbres, etcétera). Respeto entre las partes.
- d. *Flexibilidad*: se debe tomar en cuenta las circunstancias y características de cada pueblo indígena (cultura, geografía, etcétera).
- e. *Plazo razonable*: de manera que se permita a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas conocer, reflexionar y plantear propuestas.
- f. *Buena fe*: promover confianza, colaboración y respeto mutuo; ambas partes se obligan a ello. Se evita proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
- g. *Ausencia de coacción o condicionamiento*: nadie debe participar obligado, forzado o sujetando su participación a ciertos beneficios.

• **Sujetos del derecho a la consulta y su identificación (artículos 5°, 7°, 10°, 19° y 20°)**

Los titulares del derecho son los pueblos indígenas u originarios; ambos términos son usados indistintamente y como sinónimos a lo largo de la ley. Se establece que para ser identificados como tales se deben tomar en cuenta los siguientes criterios:

Objetivos	Subjetivo
a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.	Conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.
b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.	
c) Instituciones sociales y costumbres propias.	
d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.	

A nuestro parecer, no queda claro si, conforme al Principio de Flexibilidad, basta con tomar en cuenta uno, más de uno o todos los criterios objetivos, además del subjetivo. No obstante, se precisa además que:

1. Se pueden identificar como titulares del derecho a la consulta a las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos.
2. Las denominaciones empleadas para designar a estos sujetos colectivos, no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos (es decir, no es necesario estar constituido formalmente como comunidad campesina o nativa).
3. Los titulares del derecho a la consulta deben participar en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Así las cosas, la norma prevé que las comunidades nativas y campesinas potencialmente son pasibles de ser identificadas como pueblos indígenas u originarios; no les brinda un reconocimiento directo, sino que lo deja a cada proceso de consulta en el que la entidad promotora de una medida que pueda afectarlos, cumpla con su identificación conforme al criterio subjetivo y los criterios objetivos.

Para ello, el Viceministerio de Interculturalidad debe:

- a. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios que la propia Ley crea y que se asume como no constitutivo, pues está llamada a contener información diversa sobre dichos pueblos que ya se encuentra en otras dependencias estatales y privadas especializadas.
- b. Emitir opinión de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta sobre:
 - La calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables.
 - El ámbito de la consulta; y,
 - La determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.

De acuerdo a lo expuesto en el punto b, no queda claro el momento en que puede y debe llevarse a cabo tales encargos de oficio (en especial el relacionado a la determinación de los pueblos a ser consultados).

De este modo, el reto de implementar la consulta cuenta, en sí misma, con uno anterior: el de identificar a los sujetos que deban ejercer el derecho en el marco de alguna medida que pueda afectarlos directamente. Este reto se hace socio-políticamente complejo pues, a decir de Rivero:⁸³

() la inclusión de un pueblo en dicha base de datos permite identificarlo como indígena, pero no lo constituye como tal. Es decir, busca que un pueblo sea considerado indígena al ser incluido, excluyendo a quienes no estén considerados, pero sin negarles la posibilidad de tal consideración en el futuro. Con esto, tal herramienta de gestión se constituye en un punto de “llegada”, pues termina por resolver el carácter que tiene uno u otro sujeto colectivo en el marco de un proceso de consulta indígena.

En un contexto social como el vigente, esto puede tocar fibras muy sensibles de actores sociales colectivos que, considerándose indígenas, no serían identificados como tales; viendo amenazados sus derechos. Ello puede incluir a algunas Comunidades, sean campesinas o nativas.

Hubiera sido preferible evitar posibles conflictos determinando a esta base de datos como una herramienta de gestión de “partida”. Es decir, aquella en la que se incluye a todos los que potencialmente son pasibles de ser considerados como pueblo indígena (comunidades campesinas, nativas, etcétera), para que posteriormente y en cada caso concreto, sea usada como medio para identificar a un determinado sujeto del derecho a la consulta.

Ello hubiera facilitado también que algún sujeto colectivo opte por considerar el llamado criterio subjetivo en su caso, señalando no querer ser considerado como un pueblo indígena.

83 RIVERO, Ramón. “Algunas consideraciones sobre la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios”. 27 de junio de 2012. Disponible en Noticias SER (PÁGINA WEB): <http://www.noticiasser.pe/27/06/2012/nacional/algunas-consideraciones-sobre-la-base-de-datos-oficial-de-los-pueblos-indigenas->

Es por ello que al momento de escribir estos textos, el modelo de gestión de esta base de datos viene generando incertidumbre, tanto en el Estado como en las colectividades que ahora podrían ser, o no, identificadas como pueblos indígenas.

- **Forma de participación de los Pueblos Indígenas (Artículos 6°, 9°, 19° y 20°)**

La Ley establece que los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta mediante sus instituciones y organizaciones, elegidas conforme a sus usos y costumbres.

En ese sentido, ello busca respetar la autonomía de dichos pueblos, debiendo el Estado abstenerse de intervenir y simplemente respetar la designación que realicen.

No obstante ello, a fin de otorgarle mayor previsibilidad y tal vez orden a los procesos de consulta, la norma prevé como función del Viceministerio de Interculturalidad, mantener un registro de instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas e identificar a las que deben ser consultadas.

En este caso, no queda claro el proceso de identificación de instituciones u organizaciones de estos pueblos que sean representativas de los mismos, más aun si se trata de aquellas que dependen no sólo de sus usos y costumbres, sino de la legitimidad que puedan contar para cada caso.

Sin embargo, dado que no se trata de registros constitutivos, su función declarativa busca facilitar la gestión pública en la consulta.

Para ello pueden registrarse, desde organizaciones de escala local como una comunidad (campesina o nativa) o cualquier tipo de asociación, así como algún gremio o federación de cuenca, étnica, regional, nacional, etcétera, que cumpla con los criterios antes señalados.

El reto pasará por cómo se facilita la participación de una u otra representación, atendiendo a las dinámicas sociales de los propios pueblos indígenas y sus decisiones.

- **Identificación de medidas objeto de consulta (Artículo 9°)**

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las medidas administrativas o legislativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios a fin de concluir si existe o no una afectación directa a dichos derechos.

Al respecto, no se hace referencia alguna a criterios que ayuden a dar mayor previsibilidad a estas acciones, es decir, por ejemplo, no se rescatan los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional: si se trata de una medida legislativa, evaluar si en su integridad está dirigida a regular derechos de nuestros pueblos indígenas, o, tratándose de una norma de alcance general, si desarrolla en alguno de sus acápites disposiciones especiales que regulan derechos de colectivos de tales sujetos. Tampoco se precisa la identificación de estas medidas por generar efectos diferenciados en los pueblos indígenas, sin que medie en sus textos mención expresa.

No obstante ello, si el pueblo indígena estuviera en desacuerdo respecto a la identificación de una medida por parte de la entidad proponente del Poder Ejecutivo, podrá impugnar tal decisión ante el Viceministerio de Interculturalidad. No se precisa si este mismo Vice-

ministerio o algún órgano determinado en los gobiernos regionales sea el que asuma el proceso impugnatorio con carácter especializado, en caso la entidad proponente sea un gobierno de ese nivel. Tampoco se hace referencia alguna en caso ello ocurra en el Poder Legislativo.

- **Etapas del proceso de consulta (Artículo 8°)**

1ro.	2do.	3ero.	4to.	5to.	6to.	7mo.
Identificación de medida legislativa o administrativa: demostrando que guarda una relación directa con los derechos colectivos de un pueblo indígena.	Identificación de pueblo indígena a ser consultado: en función del contenido de la medida, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.	Publicidad de la medida legislativa o administrativa: organizaciones representativas indígenas toman conocimiento mediante métodos y formas culturalmente apropiadas.	Información sobre la medida legislativa o administrativa: brindarla a los pueblos indígenas y sus representantes con la debida anticipación sobre: motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida.	Evaluación interna de las instituciones y organizaciones indígenas sobre la medida que les afecte directamente: los representantes indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar alcances e incidencias de la medida, su relación directa con su contenido y afectación de sus derechos.	Proceso de diálogo entre Estado y representantes de los pueblos indígenas: sobre fundamentos de la medida, sus posibles consecuencias en derechos colectivos, así como sobre sugerencias y recomendaciones de dichos pueblos, las que deben ser del conocimiento de los funcionarios responsables del proceso de consulta.	Decisión del Estado: motivada, supone evaluación de puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los representantes indígenas; también el análisis de las consecuencias de adoptar la medida sobre sus derechos colectivos. En caso no haya acuerdo, corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos.

- **Decisión (Artículo 15°)**

Según hemos detallado en el cuadro precedente, la decisión es el acto que pone fin al proceso de consulta, y debe estar motivada a fin de asegurar una razonable decisión estatal, aun cuando no se haya llegado a acuerdo alguno; no obstante, implica el respeto de los acuerdos a los que se llegaron durante la etapa de diálogo intercultural.

Llama la atención que en este mismo artículo no se desarrolle lo relacionado con la decisión estatal en caso la consulta, en lugar de buscar un acuerdo, tenga que lograr el consentimiento del pueblo indígena que pueda ser afectado con la medida.

Cabe recordar que el Convenio N° 169-OIT prevé explícitamente como un supuesto necesario para que la consulta busque lograr el consentimiento de algún pueblo afectado, que la medida estatal, cualquiera que sea, implique su traslado y reubicación. Esto supone entender el logro del consentimiento como un fin que persigue la consulta cuando se dan afectaciones muy fuertes o profundas a derechos fundamentales indígenas.

Debemos señalar que tal supuesto no ha sido incluido en el texto de la nuestra Ley de Consulta, sin embargo, ¿ello desconoce o niega lo dispuesto por el Convenio N° 169-OIT? Imposible. Primero, porque el Convenio se encuentra vigente; segundo, porque ostenta contenidos de rango constitucional que no pueden ser negados o excluidos de nuestro marco jurídico mediante una norma de rango legal, y tercero porque, según lo hemos mencionado, el Convenio es de naturaleza autoaplicativa, vale decir que no es necesario que alguna norma legal adicional medie entre su contenido y la obligación estatal de concretarlo en la realidad.

Según lo mencionamos, tal logro se exige en caso de alguna afectación profunda de los derechos; sin embargo, ¿qué debemos considerar para decir que estamos ante lo permitido o lo no permitido? ¿Estamos ante el único supuesto que exige el logro del consentimiento en la consulta?

Al respecto, comenzando por considerar lo que la jurisprudencia de la CIDH⁸⁴ ha previsto sobre lo aceptado o no el marco de afectaciones a derechos indígenas tenemos que:

- I. Las afectaciones de mayor o menor grado sobre el uso o goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de un pueblo indígena, no impiden al Estado habilitar actividades de exploración y explotación por parte de terceros.
- II. La protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21° de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta; así como muchos de los otros derechos reconocidos en la Convención están sujetos a ciertos límites y restricciones. Tal artículo prevé que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad.
- III. Por ello, el Estado podrá restringir el uso y el goce del derecho a la propiedad de un pueblo indígena siempre que estas restricciones:
 - a. Hayan sido previamente establecidas por ley.
 - b. Sean necesarias.
 - c. Sean proporcionales.
 - d. Tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- IV. Tal restricción entonces puede llevarse a cabo siempre que se cumplan estos requisitos y, además, cuando no implique una *denegación de su subsistencia como pueblo indígena*.
- V. A fin de garantizar que las restricciones impuestas no supongan la denegación de dicha subsistencia, el Estado debe cumplir con garantizar:

Primero: la participación efectiva de los miembros del pueblo indígena, según sus costumbres y tradiciones, respecto de todo el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se ejecute en sus territorios. Esto les da la oportunidad de manifestar la aceptación o no de la restricción.

Segundo: que los miembros del pueblo indígena se beneficien del plan que se lleve a cabo en su territorio.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007; fundamentos del 126 al 130.

Tercero: que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio indígena, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, supervisadas por el Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

VI. También se puede restringir un derecho en caso la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho aceptando las medidas que pueden afectarla.

Todos estas garantías y límites a las restricciones de derechos, en caso no se logre el consentimiento del pueblo indígena afectado, deben estar previstos en nuestra legislación a fin de procurar su implementación. Estos límites y garantías se convierten en parámetro de aplicación del artículo 16° del Convenio 169-OIT, cuando dispone que dichas restricciones sólo podrán darse mediante procedimientos adecuados establecidos previamente en la legislación nacional. Cabe recordar que este artículo del Convenio 169-OIT agrega el deber estatal de desarrollar encuestas públicas en torno a tales restricciones, en caso no se haya logrado el consentimiento.

Asimismo, la CIDH nos habla de la proscripción de medidas que restrinjan la subsistencia del carácter tribal de un pueblo. Ello implica que todo sujeto colectivo indígena tiene el derecho de subsistir no sólo mediante la existencia de sus miembros, sino además y fundamentalmente manteniendo siquiera parte de sus características necesarias para que no pierdan su vital condición de tribales o indígenas, vale decir: “de conformidad con sus modos ancestrales de vida”⁸⁵; todos o parte de ellos.

Para que ello sea respetado, el Estado debe evaluar y motivar sus propuestas de medidas, previamente a la toma de decisión y aun en el caso de no lograr un acuerdo con el fin de:

- Descartarlas por negar la subsistencia de un pueblo indígena, lo que se convierte en una obligación estatal de carácter ineludible, al punto que lo contrario implica la responsabilidad nacional de quienes adoptaron la medida, e internacional para el Estado peruano. Bajo esta lógica, el Estado tampoco debe promover proceso de consulta alguno que se encuentre ligado a un proyecto que implique la negación de la subsistencia de un pueblo indígena.
- En caso no impliquen tal negación, disponer las condiciones ineludibles previstas legalmente a fin de que conserven sus tradiciones o instituciones que les permita subsistir como tal. Por ello, el Estado no puede restringir todas las características tribales o indígenas, ni aquellas que, de hacerlo, supongan soslayar la existencia de un pueblo con su condición de tribal o indígena.

Ya en este punto, advertimos que la obligación estatal de no denegar la subsistencia de un pueblo indígena de conformidad con sus modos ancestrales de vida es ineludible jurídicamente, debiendo por ello abstenerse de adoptar alguna medida que tenga tal efecto; so pena de responsabilidad nacional de quienes adoptaron la medida, e internacional para el Estado peruano. Bajo esta misma lógica, tampoco debiera promover algún proceso de consulta ligado a un proyecto que implique la denegación de subsistencia de un pueblo indígena.

85 RUIZ, Juan Carlos. “La Constitucionalidad del Reglamento de la Ley de Consulta”. Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 60. 19 de abril de 2012, p. 9. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf

En ese sentido, el Estado encuentra en estos argumentos la base jurídica para hacer primar la subsistencia de un pueblo indígena en caso sus derechos puedan ser restringidos al punto de negarla; conforme nos lo recuerda Juan Carlos Ruiz:⁸⁶

La extinción de los pueblos indígenas viola el principio de pluralismo cultural y el derecho a la identidad cultural reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución [que tienen] mayor importancia y peso abstracto en el caso concreto de las actividades extractivas que las libertades económicas, y en concreto que el derecho a la libertad de empresa, recogido en el artículo 59 de la Constitución. Además, en esta misma norma constitucional se reconoce de forma clara que las libertades económicas no son absolutas, sino que están limitadas por otros principios jurídicos entre los que desataca la salud.

Debemos recordar también, que lo dispuesto por la CIDH sobre el consentimiento vincula al Estado peruano pues, conforme a nuestro Código Procesal Constitucional,⁸⁷ norma nacional que regula los procesos destinados a proteger en vía jurisdiccional los derechos fundamentales que nuestra Constitución prevé:

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 humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Ello, en materia de consulta indígena, implica incluir como parte del marco jurídico peruano y con rango constitucional a los instrumentos jurídicos internacionales especializados en la materia y vinculantes al Estado peruano que desarrollan este derecho de carácter fundamental, por ejemplo las sentencias de la CIDH y el Convenio N° 169-OIT cuanto menos. Esto supone una interpretación de las disposiciones constitucionales conforme al Principio de Unidad⁸⁸ de la Constitución, el cual establece que:

(...) [se] debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido.

Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si () fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes.

De esta manera, lo que se busca es conformar, a nivel nacional, una argumentación válida a la luz de nuestra Constitución, entendiéndola como el punto necesario de encuentro y correcto engranaje de las distintas herramientas jurídicas que rigen el contenido y

86 RUIZ, Juan Carlos. “La Constitucionalidad del Reglamento de la Ley de Consulta”. Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 60. 19 de abril de 2012, p. 9. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf

87 Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, artículo V del Título Preliminar.

88 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI-TC, fundamento 23.

alcances de derechos fundamentales como la consulta indígena, de fuentes nacionales o internacionales.

Por ello, debemos afirmar que la obligación estatal de abstenerse en caso la medida que propone niegue la subsistencia de un pueblo indígena (o parte de él) es independiente del logro o no del consentimiento de un pueblo indígena, que opera en caso la medida estatal pretendida restrinja de manera profunda sus derechos fundamentales. Es decir, el no haber podido lograr el consentimiento indígena, no implica un mandato al Estado para que adopte⁸⁹ o se inhiba de tomar una decisión.

La sentencia de la CIDH en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, si bien prohíbe al Estado la negación de subsistencia de un pueblo indígena, no desarrolla un nexo causa-efecto entre la no obtención del consentimiento y la obligación estatal de abstenerse en la medida que propone. Por lo que no es posible hablar de un veto o derecho de “mandato al Estado” por parte de los pueblos indígenas. Ello es concordante con lo desarrollado por nuestro TC sobre el presunto derecho a veto y el interés común como finalidad de toda consulta⁹⁰.

Como recordaremos, nuestro TC, al igual que la CIDH, ha previsto⁹¹ que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos pues su goce y ejercicio está limitado por otros derechos y bienes constitucionales; pudiendo ser afectados con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo debe asimilar, según lo ha considerado la CIDH y en beneficio de nuestro marco jurídico, los principios y condiciones mínimas con las que debe contar un proceso de consulta indígena; lo que también ha sido desarrollado por el TC en su jurisprudencia según lo mencionamos líneas arriba.

En ese sentido, la exigencia del consentimiento ante proyectos que afecten profundamente los derechos fundamentales de algún pueblo indígena, no se entiende como un derecho a veto que proviene del propio derecho a la consulta pues, según lo mencionamos, se trata más bien de que tal consentimiento entre a tallar a fin de que se proteja los derechos indígenas conexos a la consulta: territorio; ambiente; acceso, conservación y aprovechamiento de recursos naturales; identidad cultural, etcétera.

Así, denegado el consentimiento, queda vigente e independiente a ello, la obligación estatal de no restringir derechos fundamentales de pueblos indígenas en caso tal decisión implique la denegación de su subsistencia como tal. De manera que, de haberse impulsado algún proceso de consulta ligado a algún proyecto que deniegue la subsistencia de un pueblo indígena, el Estado incurre en responsabilidad que puede y debe ser vista en los tribunales.

89 El fundamento 130 de la Sentencia de la CIDH en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, desarrolla el supuesto en el que la validez de la aceptación de las medidas restrictivas depende de la participación efectiva de los pueblos a afectarse. Esta sentencia no dispone que ello deba suponer un mandato para el Estado, sino que éste puede tomar la medida restrictiva siempre que la aceptación indígena se haya concretado mediante la participación de estos pueblos y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional. Con ello, el consentimiento del pueblo indígena afectado supone una herramienta que coadyuva a garantizar su subsistencia.

90 Ver líneas arriba las referencias a la libre autodeterminación y el veto según las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 03343-2007-PA (fundamentos 21 y 32) y N° 00022-2009-PI (fundamentos 24 y 25).

91 Revisar las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 06201-2007-HC, fundamento 3, y N° 02700-2006-HC, fundamento 18.

Ahora bien, no obstante el consentimiento no supone un derecho a veto respecto de las decisiones estatales, sí se constituye como un parámetro a ser considerado en la vía jurisdiccional a fin de salvaguardar derechos fundamentales indígenas, lo que implica protegerlos del abuso de poder que podría pretender concretar el Estado mediante sus decisiones administrativas o legislativas.

De otro lado, conforme a instrumentos jurídicos internacionales,⁹² así como publicaciones⁹³ de instituciones nacionales a instrumentos ligadas a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en las que se desarrollan los supuestos en los que resulta necesario el consentimiento, además del mencionado sobre el desplazamiento y reasentamiento conforme al Convenio N° 169 de la OIT, tenemos a:

1. La realización de actividades militares en las tierras o territorios indígenas.
2. El almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios indígenas.
3. Proyectos que afecten 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.

Es necesario señalar que en nuestro marco legal existen disposiciones destinadas a regular estos supuestos, considerando que se trata de afectaciones a derechos fundamentales como el de la propiedad o el desplazamiento de personas (incluye el caso de población indígena) y que en teoría serían las vías legales a seguir luego de no logrado un consentimiento.⁹⁴

No obstante ello, sin ánimo de desarrollarlo con detenimiento en el presente informe por no ser su objeto específico, cumplimos con señalar que parte de la discusión actual es si son o no adecuados frente al carácter colectivo y especialmente cultural de los derechos indígenas.

Así, por ejemplo, la ley de expropiaciones respondería en caso se restrinja el derecho de propiedad de un pueblo indígena. Sin embargo, debemos recordar el caso de pueblos indígenas amazónicos del Perú que, organizados en comunidades nativas, deben contar con el reconocimiento estatal de sus tierras, lo que supone definir una parte de ellas en propiedad y otra de cesión en uso forestal,⁹⁵ siendo esta última un área en posesión pero no en propiedad.

Conforme lo desarrolla la sentencia de la CIDH en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,⁹⁶ la propiedad y las restricciones que a ella se pretendan imponer ser asumidas en función de la integridad del territorio tradicional e indígena. Ello jurídicamente encuentra un correlato

92 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam, fundamentos 135 al 137; y, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 10°, 29° y 32°.

93 RAMOS URRUTIA, Irene. "Entendiendo REDD a Través del Derecho de los Pueblos Indígenas. Apuntes Conceptuales para los Países Andino Amazónicos". In WENT y Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR. Primera Edición: Diciembre 2010, p. 111.

94 Nos referimos cuanto menos a la Ley sobre Desplazamientos Internos, Ley N° 28223, y a la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117.

95 Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, artículos 10° al 14°.

96 Ver su fundamento 130.

en lo entendido como territorio indígena conforme al Convenio 169-OIT, lo que, según hemos señalado, supone un mosaico conformado por áreas en propiedad, posesión y tradicional acceso.

Sin embargo, nuestro marco normativo, conforme a la ley de expropiaciones,⁹⁷ no prevé esta precisión respecto de las tierras indígenas no sujetas al régimen de propiedad y que serían afectadas con restricciones análogas a las que supone una expropiación: que las tierras dejen de ser de dominio/posesión o uso indígena. Se trata pues de un supuesto normativo de alcance nacional pendiente de ser desarrollado a nivel interno a fin de atender de manera previsible y jurídicamente integral la afectación de territorios indígenas.

- **Segunda Disposición Complementaria Final**

Esta norma no deja sin efecto medidas administrativas emitidas antes de su entrada en vigencia y no modifica ni deroga:

1. Normas sobre el derecho a la participación ciudadana.
2. Medidas legislativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

Esta disposición ha generado preocupación pues se ha querido entender que la no revisión de las medidas administrativas y legales anteriores a su vigencia y que afectan derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas, supone una negación del ejercicio y goce del derecho a la consulta vigente en nuestro marco jurídico desde febrero de 1995, en que comenzó a regir en el Perú. Ello la convertiría en una disposición inconstitucional.

Sobre el particular, debemos señalar que nuestra Constitución⁹⁸ establece la irretroactividad de las leyes, de manera que el régimen normativo que establece la reciente Ley de Consulta peruana, únicamente se aplica desde su entrada en vigencia.

Así, tal régimen normativo no podrá regular situaciones ya consumadas, como pueden ser los procesos inconsultos destinados a viabilizar medidas legislativas o administrativas que afectan derechos colectivos indígenas, emitidos antes de su entrada en vigor.

En ese sentido, podríamos calificar como una oportunidad política perdida del legislador el hecho de no disponer medida⁹⁹ alguna que busque derogar o modificar normas, así como dejar sin efecto medidas administrativas que afectan derechos indígenas colectivos y que fueron emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia de nuestra Ley de Consulta.

Sin embargo, ello obedece, precisamente, a cuestiones de oportunidad política que, conforme a nuestra Constitución, dependen únicamente de la voluntad del legislador en virtud de su atribución-deber de no someterse a mandato imperativo¹⁰⁰ alguno.

De esta manera, la omisión en disponer la modificación o derogatoria de normas y respecto a dejar sin efecto medidas administrativas, no afecta el goce ni ejercicio del derecho a la con-

97 Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, artículos 1° y 2°.

98 Constitución Política del Perú, artículo 103°.

99 Tales medidas pueden consistir en acciones programáticas, con encargos de función a determinados órganos estatales, con indicadores que busquen eliminar rezagos de medidas vigentes inválidas o inconstitucionales por no haber sido sometidas al correspondiente proceso de consulta indígena.

100 Constitución Política del Perú, artículo 93°.

sulta desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169-OIT pues, simplemente, evita regularlas, sin que ello signifique una prohibición general a la revisión de tales actos que afectan derechos colectivos indígenas. Ello no supone entonces una regulación inconstitucional del derecho a la consulta, ni de la pérdida de oportunidades legales para su cautela o defensa.

Tal es así que, aun con esta Segunda Disposición Complementaria Final vigente, queda a criterio de los afectados la posibilidad de acudir a las vías jurisdiccionales a fin de salvaguardar el ejercicio de su derecho a la consulta exigible desde 1995, cuestionando la validez de las medidas legislativas y administrativas que se han podido aprobar o disponer sin el correspondiente proceso consultivo indígena y con anterioridad a la Ley de Consulta peruana.

5. REFLEXIONES FINALES

1. Los pueblos indígenas han venido recibiendo un reconocimiento progresivo de sus derechos, lo que ha influenciado en el ejercicio de los mismos, comenzando por buscar atender su situación de exclusión y discriminación, pasando por etapas de enfoque paternalista, participacionista y tendiendo a una cada vez más definida libre determinación, aunque los instrumentos internacionales reconozcan que ello no implica la secesión o su separación de la soberanía estatal y de los territorios actuales a los que se vinculan; lo cual ha sido recogido por la jurisprudencia de nuestro TC.
2. El marco legal internacional (Convenio 169-OIT, Sentencias de la CIDH) vinculante tiene rango constitucional y recoge la búsqueda de acuerdos y el logro del consentimiento como objetivos de la consulta, según determinados casos y conforme al nivel de afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el Perú, ambos supuestos vienen siendo desarrollados recientemente, lo que se debe a un desinterés estatal por la implementación de la consulta y la poca internalización de este derecho por parte de las organizaciones indígenas y la propia sociedad civil que no termina por asimilar a la problemática indígena como parte de la agenda pública nacional.
3. Los territorios indígenas pueden conformarse a partir de un mosaico de oportunidades: espacios en propiedad, en posesión o de tradicional acceso para actividades de subsistencia o ancestrales. En todos los casos debe considerarse la especial vinculación espiritual que ostentan estos pueblos con sus territorios. En el Perú se cuenta con un desarrollo legal parcial debido a su sectorialización, acogiendo tales conceptos en el marco de la legislación para comunidades campesinas, comunidades nativas, pueblos en aislamiento y en contacto inicial, protección de conocimientos ancestrales, ANP; pero sin determinar de manera expresa y con previsibilidad una respuesta que trascienda tal sectorialización.
4. Aun cuando no se logre el consentimiento, la toma de decisión estatal debe considerar la aplicación de una legislación adecuada que implique la toma de decisión estatal sin que ello suponga la negación de la subsistencia del pueblo indígena, lo cual tiene prohibido el Estado, debiendo disponer medidas tendentes a conservar sus tradiciones e instituciones como pueblo originario. En el Perú, en caso de afectación a sus tierras, el marco legal ha desarrollado un correlato que supone una mayor protección con la búsqueda de consensos en el Congreso (lo que permite un control del Legislativo sobre acciones del Ejecutivo); no obstante que ello se da puntualmente para el caso de las tierras en propiedad. Dado que el Convenio 169-OIT exige una protección adecuada a todas las tierras sobre las que se advierten intereses reclamables indígenas (además: áreas en posesión o a las que se tiene tradicional acceso), una salvaguarda adecuada (como la

tiene la parte en propiedad) debe ser prevista legal y explícitamente para estos otros supuestos en nuestro marco legal.

5. Dada la alta vulnerabilidad de los pueblos en aislamiento o contacto inicial ante el contacto con terceros, lo que puede afectar su salud y su vida, el derecho a la consulta les asiste pero con carácter suspendido. Por ello, debe operar la identificación, tanto de la medida que puede afectarlos directamente, como la de su condición de pueblo a ser afectado por ella. Si bien el TC ha resuelto que ello no supone la imposibilidad de desarrollar procesos de consulta con la población indígena de la zona que no se encuentra en aislamiento ni en contacto inicial, lo que pueda acordarse con ellos no puede ni debe afectar los derechos de quienes sí lo están; ello implica su salud, su vida y sus territorios. Esto se debe no sólo a dicha vulnerabilidad, sino a que la consulta debe implementarse como un derecho a ser ejercido, cuando menos, por los pueblos indígenas interesados, vale decir, los afectados por la medida estatal propuesta; de manera que son éstos, mediante sus propias instituciones representativas y otras que ellos tengan a bien considerar, a quienes se les debe garantizar el derecho a la consulta, el mismo que si bien se goza, no puede ejercerse a fin de dar paso a la protección de sus derechos de carácter primario. Así, no pudiéndose llevar a cabo tal proceso de consulta en función de la población indígena en aislamiento o contacto inicial, el Estado tampoco puede tomar la decisión de adoptar una medida destinada a afectarlos; debiendo excluirla de su ámbito de acción, dado que se tornará inválida por no contar con el requisito que es el correspondiente proceso de consulta.
6. La actual institucionalidad indígena tiene pendiente la asimilación de espacios de cogestión pública que concreten la participación de nuestros pueblos originarios mediante sus representantes, designados conforme a sus costumbres.
7. El camino hacia la regulación e implementación interna del derecho a la consulta ha estado plagado de omisiones y acciones estatales con una carga evidente de discriminación, colaborando con la condición de marginación e invisibilidad de la problemática indígena
8. En el marco de procesos de promoción de la inversión privada y la adopción de medidas estatales inconsultas con nuestros pueblos indígenas, han generado un clima de desconfianza que no ayuda a consolidar el marco legal previsto para la consulta, el mismo que llegó de manera tardía, antes de lo cual el Estado hasta buscó satisfacer este derecho mediante normas que regulan la participación ciudadana.
9. La consulta, además de ser una manifestación del derecho a la libre determinación indígena, lo es también del derecho a la participación indígena que, no obstante formar parte del derecho a la participación ciudadana, supone condiciones especiales: su carácter colectivo e intercultural. De manera que es posible hablar del derecho a la participación indígena como marco dentro del cual se desarrollan los procesos de consulta libre, previa e informada, justificando actos como el de petición y etapas del proceso de consulta como las de publicidad, información, evaluación interna indígena (que implica presentar sus resultados a la etapa de diálogo intercultural) y la propia etapa de diálogo intercultural (hasta la suscripción de la correspondiente acta de consulta). La consulta, como expresión de dicho derecho a la participación indígena, al cual debe adicionarse el de libre determinación, cuenta con la particularidad de obligar al Estado a buscar acuerdos o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas involucrados.

10. La identificación de medidas objeto de consulta exige una respuesta más integral por parte de la gestión estatal. Ello supone entender el supuesto de afectación directa como aquel que implica un cambio en la situación jurídica de los derechos de un pueblo indígena en cada etapa de las medidas que deseen disponerse. La gestión ambiental se encuentra directamente vinculada al ejercicio de derechos indígenas y con ello a los procesos de consulta. Desde el manejo del territorio nacional, que incluye a las tierras indígenas que deben ser identificadas y aseguradas jurídicamente, pasando por las políticas y mecanismos de acceso, conservación y administración de los recursos naturales renovables y los que no lo son, hasta la oportunidad en que se deben llevar a cabo los EIA de cada proyecto. Considerando que la consulta debe aplicarse a planes (como el de ordenamiento territorial), políticas (ambientales, forestales, energéticas, etcétera), programas (de promoción de retribución por servicios ambientales, de lucha contra la deforestación, etcétera) y proyectos de desarrollo (extractivista, de infraestructura, etcétera) que involucren directamente a derechos colectivos indígenas, dicha gestión ambiental debe facilitar los procesos de ejercicio del derecho a la participación indígena, trascendiendo el ámbito de los EIA; estos últimos en una eterna espera por la adecuación de sectores como el de energía y minas al artículo 3° de la LSEIA: que los EIA se consoliden como una herramienta que participe de manera determinante en la definición de factibilidad de un proyecto, debiendo este contar con la certificación ambiental con anterioridad al otorgamiento del título habilitante de la actividad.
11. Los procesos de consulta suponen un reto muy grande para nuestros pueblos indígenas y sus organizaciones representativas pues, además de tener que internalizar y luego ejecutar los factores necesarios para ejercer el derecho, deberán adecuar su agenda colectiva como pueblo y/u organización indígena representativa a fin de hacer frente a cada proceso que pueda iniciarse, en virtud de una medida ya sea administrativa o legislativa y por cada nivel de gobierno; recordando que en un mismo territorio (que puede incluir tierras indígenas) puede habilitarse más de una actividad. Esto, en el marco del “aliento” previsto en el Reglamento de la Ley de Consulta, supone fortalecer a las organizaciones indígenas representativas en coordinación con ellas mismas.
12. La obligación estatal de publicitar e informar sobre la medida que se propone se ha reducido a la entrega de su contenido a las organizaciones de nuestros pueblos indígenas. Ello es contrario al espíritu del Convenio 169-OIT y a lo textualmente dispuesto por la Ley de Consulta. La intervención estatal en estos casos debe suponer, en coordinación con las organizaciones indígenas representativas, que el conocimiento de la medida propuesta es tal que se puede asegurar una eficiente etapa de análisis interno de las organizaciones indígenas y sus bases; de manera que se facilite que los resultados o propuestas a plantear desde allí con miras a la etapa de diálogo intercultural, sean lo más provechosos posible.
13. Los plazos previstos para la totalidad del proceso de consulta y sus etapas deben ser asumidos en el marco del Principio de Flexibilidad, de manera que debe descartarse en la práctica el plazo máximo de 120 días previsto en el Reglamento. De igual modo, ver por rescatar oportunidades al diálogo aun después de cumplido el plazo de etapas como la de evaluación interna en caso no se hayan presentado aportes desde ella por parte de las organizaciones indígenas representativas; en caso de demora debiera usarse el plazo previsto para la etapa de diálogo intercultural a fin de recibir los aportes y tender a llegar a acuerdos, en aplicación del Principio de Buena fe que obliga a ambas partes.

14. Los procesos de consulta en el Legislativo no pueden ser considerados como mecanismos de participación ciudadana que no genera vínculo alguno con la labor de creación normativa. La identificación del momento en el cual se debe llegar a acuerdos con las organizaciones indígenas (después de la primera votación) a fin de hacerlos vinculantes ante la decisión que luego deba adoptar el Pleno del Congreso (segunda votación), supone llevar a cabo, cuando menos, una etapa de diálogo intercultural que implique etapas previas (identificación de la medida y de los pueblos afectados, publicidad, información, análisis internos por parte de las organizaciones indígenas), las que pueden y deben adecuarse al resto del proceso de creación legislativa en el Reglamento del Congreso. En el momento de escribir estas líneas existe al menos un proyecto de ley en trámite en el Parlamento, el que debe alimentarse de la discusión intercultural, propia de democracias como la nuestra que necesitan del reconocimiento y respeto por la diversidad de identidad y de nociones de lo justo que coexisten en nuestro país.

6. Bibliografía

Adjuntía Para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente. Programa de Comunidades Nativas. “Informe N° 016-2008-DP/ASPMA.PCN” Comentarios de La Defensoría del Pueblo sobre Proyectos de Ley: Tierras, Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas”. Lima, mayo de 2008.

AIDSESEP. “Presentarán demanda de inconstitucionalidad contra Ley de consulta previa”. 7 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.aidsep.org.pe/presentaran-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-ley-consulta-previa/>

AIDSESEP. “¿Se cumplirá realmente del derecho a la consulta de los pueblos?”. 7 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.aidsep.org.pe/se-cumplira-realmente-el-derecho-a-la-consulta-previa-de-los-pueblos/>

ANAYA, James. “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles,

Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. Consejo de Derechos Humanos, 12° período de sesiones. Tema 3 del programa. 14 de setiembre del 2009.

BBC Mundo. “Corte Brasileña detiene el proyecto hidroeléctrico de Belo Monte”. Miércoles, 15 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2012/08/120814_ultnot_brasil_represa_corte_jgc.shtml

BENAVIDES, Margarita. “Perú: Los Mártires de la Consulta”. 26 de agosto de 2011. Disponible en SERVINDI: <http://servindi.org/actualidad/50164>

CASTILLO, Pedro. “La Concesión Minera debe ser Consultada”. La Revista Agraria. CEPES. Lima, Marzo 2012. Disponible en: <http://www.larevistaagraria.org/sites/default/files//revista/LRA138/La%20concesion%20minera.pdf>

CHIRIF, Alberto y GARCIA HIERRO, Pedro. “Marcando Territorio. Progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía”. IWGIA. Octubre 2007.

DE ECHAVE, José. “Transnacionales Mineras, Evolución y Tendencias”, artículo publicado en: “Transnacionales, Estados Nación y Derechos Humanos de los Pueblos”. APRODEH - CEDAL, 2003.

DE SOTO, Hernando. “La Amazonía no es Avatar”. Grupo Editorial Norma e Instituto Libertad y Democracia-ILD. 2010.

Defensoría del Pueblo. “Comentarios al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Junio de 2003.

Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/>

FERREYRA, Raul y GASPAR, Luciana. “Consulta previa para la titulación de concesiones mineras. Una accidentada implementación normativa”. IUS360°, un producto de IUS ET VERITAS. Disponible en: <http://www.ius360.com/articulos/derecho-administrativo/2012/05/consulta-previa-para-la-titulacion-de-concesiones-mineras-u>

GARCIA PEREZ, Alan. “El Síndrome del Perro del Hortelano”. Diario El Comercio, domingo 28 de octubre de 2007.

Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. “Informe de Observación del Proceso de consulta previa del Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N° 29785”. Lima, 9 de marzo de 2012. Disponible en: <http://derechoshumanos.pe/2012/03/cnddhh-presenta-informe-de-observacion-del-proceso-de-reglamentacion-de-la-ley-de-consulta-previa/>

Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. “Análisis del Reglamento de la Ley de consulta previa Decreto Supremo N° 001-2012-MC”. Mayo 2012. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc07062012-112934.pdf

IDEELE Radio. “AIDSESEP: Indígenas participarán de consultas para ratificar críticas a la ley y su reglamento”. Blog de Ideele Radio. 4 de abril de 2012. Disponible en: <http://ideeleradio.blogspot.com/2012/04/aidesep-indigenas-participaran-de.html>

INEI. “Estado de la Población Peruana 2007. Indocumentación y grupos étnicos”. Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales. INEI y UNFPA, Lima, setiembre de 2007.

LA REPÚBLICA. “AIDSESEP afirma que norma no recogió sus propuestas”. 6 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/06-04-2012/aidesep-afirma-que-norma-no-recogio-sus-propuestas>

MARTINEZ COBO, José. “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Informe Final presentado por el Relator de las Naciones Unidas, Sr. J. Martínez Cobo. Doc. UN.E./CN.4/Sub2/1983/21.

MENDOZA FRISCH, Verónica Fanny. Proyecto de Ley N° 1183/2011-CR. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

MEF. “Glosario de Presupuesto Público”. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_glossary&letter=U&id=524&Itemid=100297&lang=es

MINCUL. “Primer proceso de consulta previa se efectuará en Loreto por proyecto petrolero”. Interculturalidad, 28 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.mcultura.gob.pe/noticia/primer-proceso-de-consulta-previa-se-efectuara-en-loreto-por-proyecto-petrolero>

ONU. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - PERU. “Examen de los Informe Presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 75° período de sesiones. Del 3 al 28 de agosto de 2009.

ONU. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - CHILE. “Examen de los Informe Presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 75° período de sesiones. Del 3 al 28 de agosto de 2009.

OIT. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio Num. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Num. 169 de la OIT (PRO169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Organizaciones Indígenas y de la Sociedad Civil. “Situación del Cumplimiento del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Informe Alternativo 2010 - Perú”. Julio 2010.

Pronunciamento de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de los Chunduas (Santa Marta) Kaggaba, Iku, Wiwa, Kakachukwa. Simonorwa, Colombia, 21 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.edicionessimbioticas.info/Pueblos-Indigenas-frente-a-la>

PROSODE, Proyección Social de Derecho. “Consulta a los Pueblos Indígenas: construyendo una nueva política pública” y “El Principio de Oportunidad en el Derecho de consulta previa”, en: Boletín Construyendo Justicia, año XIV - N° 69 / Junio 2012.

PUINAMUDT - Observatorio Petrolero Amazonia Norte. “La consulta previa y el Lote 1AB: imprecisiones y desconfianza”. 5 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.noticiasser.pe/05/09/2012/informe/la-consulta-previa-y-el-lote-1ab-imprecisiones-y-desconfianza>

RAMOS URRUTIA, Irene. “Entendiendo REDD a Través del Derecho de los Pueblos Indígenas. Apuntes Conceptuales para los Países Andino Amazónicos”. InWENT y Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR. Primera Edición: Diciembre 2010.

RIVERO, Ramón. “Algunas consideraciones sobre la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios”. 27 de junio de 2012. Disponible en Noticias SER: <http://www.noticias-ser.pe/27/06/2012/nacional/algunas-consideraciones-sobre-la-base-de-datos-oficial-de-los-pueblos-indigenas->

ROJAS GARZÓN, Biviany. “La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil. Un verdadero reto de reinención democrática y creatividad normativa”, en: “La consulta previa con los pueblos indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú”, pp. 49-78. RAMA, Quito 2009.

RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la segunda edición. Lima, 2010.

RUIZ, Juan Carlos. “La Constitucionalidad del Reglamento de la Ley de Consulta”. Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 60. 19 de abril de 2012. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf

SERVINDI. “Perú: Amplio Respaldo Social recibe Ley de Consulta. Comunicados de Saludo”. 24 de agosto de 2011. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/50080>

SERVINDI. “Perú: Contundente Rechazo Indígena a Dictamen de ley de pueblos originarios y comunidades”. 28 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/175>

TELESUR. Entrevista de TV a Alberto Pizango. 15 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=18nUsxDPH8s>

VARGAS LLOSA, Mario. “Elogio de la Lectura y la Ficción”. Discurso del Nobel. Estocolmo, 7 de diciembre de 2010. Disponible en: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/2010/vargas_llosa-lecture_sp.pdf

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y Retos de la Implementación de los Derechos los Pueblos Indígenas en Latinoamérica”. Disponible en: <http://derechosindigenas.org.ar/index.php/component/search/raquel%20yrigoyen?ordering=&searchphrase=all>