

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL
INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL
SEATTLE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN PERÚ



© 2010 Fundación para el Debido Proceso Legal
Todos los derechos reservados
Impreso en los Estados Unidos de América
Publicado por la Fundación para el Debido Proceso Legal
Washington, DC 20036
www.dplf.org

Las opiniones vertidas en este documento no representan necesariamente la posición oficial de Seattle University School of Law.

El Instituto de Defensa Legal, la Fundación para el Debido Proceso Legal y la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle agradecen a Fátima Andrada y a Alejandra Gonza por su colaboración en la elaboración del presente documento y por la traducción al español de la versión en inglés. La edición general del documento en español estuvo a cargo de María Clara Galvis, consultora de DPLF.

Diseño gráfico: ULTRAdesigns
Diseño de la cubierta tomado de la pintura *Alma amazónica*, de Miki Fernández

CONTENIDO

CAPÍTULO 1

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y MARCOS NORMATIVOS COMPARADOS

I.	Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	1
II.	Marco normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para abordar el derecho de los pueblos indígenas a la tierra	1
A.	El artículo 21 de la Convención Americana protege la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales	2
B.	Los Estados tienen la obligación de demarcar y titular oficialmente los territorios indígenas	3
C.	El artículo 21 protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales “usados tradicionalmente”	5
D.	Los Estados tienen el deber de consultar con los pueblos indígenas afectados cuando limitan el derecho a la propiedad de dichos pueblos	6
E.	Participación efectiva y deber del Estado de consultar	7
F.	Beneficios compartidos	8
G.	Estudio previo de impacto social y ambiental	9
H.	El incumplimiento de las salvaguardas es una violación del artículo 21 de la Convención Americana	10
I.	Deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado	10
J.	Conclusión	11
III.	Estándares de derechos humanos de Naciones Unidas y la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas	11
A.	Instrumentos relevantes de derechos humanos de Naciones Unidas	11
B.	Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: el deber de consultar	13
IV.	Comparación de los marcos jurídicos regionales	16
A.	Bolivia	16
B.	Colombia	21
C.	Brasil	26
D.	Ecuador	31

CAPÍTULO 2

ESTADO ACTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PERÚ

	37
I. Introducción	37
II. La normativa peruana sobre el derecho a la consulta	37
A. El Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano	37
B. Las deficiencias de las primeras normas	39
C. Normas con rango de ley	40
D. Nuevas normas adoptadas por el Poder Ejecutivo a fines de la década de 2000	41
E. Características básicas de las normas peruanas	44
III. La conflictividad social derivada del incumplimiento del derecho a la consulta previa	45
A. La conflictividad social en el Perú	45
B. Conflictos vinculados a la falta de consulta previa	46
C. El conflicto en Bagua	49
IV. Recomendaciones de la OIT al Estado peruano sobre la aplicación del Convenio 169 en relación con el derecho a la consulta previa	50
V. El Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas	52
A. Los procesos constitucionales por afectación del derecho a la consulta previa	52
B. El caso Cordillera Escalera	53
VI. Iniciativas legislativas y políticas públicas	55
A. La labor del Congreso de la República	55
B. Labor de la Presidencia del Consejo de Ministros	56
C. Labor de la Defensoría del Pueblo	57
VII. Recomendaciones	58

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Defensa Legal, la Fundación para el Debido Proceso Legal, la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle, en colaboración con el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAP), la Asociación Paz y Esperanza, la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), la Asociación Servicios en Comunicación Intercultural y CARE Perú, solicitaron a la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH, Comisión Interamericana, Honorable Comisión o Comisión) una audiencia pública relacionada con el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú, que se realizó el 3 de noviembre de 2009, durante el 137º período de sesiones de la Comisión Interamericana.

La audiencia solicitada y concedida tenía cuatro propósitos: 1) presentar las obligaciones jurídicas de carácter internacional que tiene el Estado peruano respecto del derecho a la consulta de los pueblos indígenas; 2) informar a la Honorable Comisión sobre la violación de este derecho en perjuicio de las poblaciones indígenas del Perú; 3) generar un espacio de diálogo entre el Estado de Perú y las organizaciones solicitantes, con los buenos oficios de la Honorable Comisión; y 4) de acuerdo con, entre otros, la jurisprudencia interamericana, los principios de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169 o Convenio 169 de la OIT) y las buenas prácticas de algunos Estados del continente, proponer una serie de recomendaciones para que el Perú implemente como parte de sus políticas internas acciones en favor del respeto del derecho a la consulta, cuando se adopten decisiones que afecten a los pueblos indígenas.

Con respecto al punto 1, el Estado peruano ha ratificado varios tratados internacionales que hacen referencia al derecho a la consulta y su Constitución Política les da a éstos igual fuerza jurídica que a los principios constitucionales. El Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana) el 12 de julio de 1978 y el 21 de enero de 1981 depositó el instrumento de aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana, Corte, Tribunal o alto Tribunal); en septiembre de 1971 ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CERD); en abril de 1978, el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (en adelante PDGP); en 1994 ratificó el Convenio 169 de la OIT y en 2007 firmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En cuanto al punto 2, la falta de consulta a las comunidades indígenas ha generado una serie de conflictos sociales, que, a su vez, han generado un contexto de alta conflictividad en el país. Al analizar con detalle los casos que reporta la Defensoría del Pueblo, podemos apreciar que el 44%

de los conflictos activos y latentes corresponden a casos donde se debe consultar a los pueblos indígenas. Uno de los conflictos más graves que se suscitó debido a la violación del derecho a la consulta es el ocurrido en Bagua el 5 de junio de 2009, en el cual fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas.

En atención a la preocupación que genera esta situación y en relación con el punto 3 del pedido de audiencia, se ha buscado un espacio de diálogo internacional que permita colaborar con el gobierno peruano en la búsqueda de una solución adecuada de esta situación.

Por último, se presentaron ante la CIDH y el Estado peruano una serie de recomendaciones puntuales orientadas a propiciar el cumplimiento de la obligación estatal de consultar a las comunidades afectadas por la explotación de recursos naturales.

CAPÍTULO I

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y MARCOS NORMATIVOS COMPARADOS

I. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como consecuencia de la ratificación de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), todos los Estados del continente han aceptado la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos acaecidas en sus jurisdicciones y para emitir recomendaciones en caso de encontrar que dichas violaciones han sucedido y que el Estado es responsable. Asimismo, los Estados han reconocido el catálogo de derechos consagrados en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana). Más aún, el 12 de julio de 1978 Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 21 de enero de 1981 aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana para conocer asuntos que surgen del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana.

La actual controversia en el Perú surge de la reciente emisión, por parte del gobierno peruano, de decretos que permiten la extracción de recursos naturales y la realización de proyectos de desarrollo en territorios indígenas. Por lo anterior, están involucradas en esta controversia las obligaciones que tiene Perú bajo los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana. Debido a que Perú ratificó tanto la Carta de la OEA como la Convención Americana, le ha otorgado a la Comisión Interamericana competencia sobre la presente controversia. De esta manera, la CIDH es competente para conocer las violaciones que se expusieron, realizar las recomendaciones pertinentes y facilitar una adecuada resolución de la controversia entre las partes. En esta tarea, la Comisión sigue la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana.

II. MARCO NORMATIVO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS PARA ABORDAR EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA TIERRA

La Corte Interamericana cuenta con una bien desarrollada jurisprudencia relativa al derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. Esta comprensiva jurisprudencia es el resultado de la interpretación y el análisis extensivos de la Convención Americana, tanto en sí misma como a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el PDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio 169 de la OIT y la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en septiembre de 2007. Las decisiones de la Corte que interpretan las obligaciones

de los Estados emanadas de la Convención Americana son precedentes vinculantes para Perú, por cuanto el país aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte respecto de todos los asuntos relacionados con sus obligaciones bajo la Convención Americana.

Mediante el análisis de diversos casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, el último de los cuales es el del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte Interamericana ha establecido un claro marco jurídico para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o tribales debido a las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción y explotación de recursos naturales y el desarrollo de los territorios indígenas¹.

En primer lugar, la Corte ha establecido que el derecho a la propiedad, protegido por el artículo 21 de la Convención Americana, abarca tanto el derecho a la propiedad privada de los particulares como el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales. **Segundo**, el Tribunal ha establecido que los pueblos indígenas que viven en tierras ancestrales de acuerdo con sus tradiciones tienen el derecho a obtener el título sobre esas tierras y que los Estados tienen la obligación de legalizar la relación de los pueblos indígenas con sus tierras para proteger su derecho de propiedad. **Tercero**, la Corte ha creado un marco jurídico para analizar en qué medida y extensión los recursos naturales que se encuentran en tierras de propiedad comunal pueden ser usados y disfrutados por los grupos indígenas y tribales, así como bajo qué circunstancias el Estado puede restringir este derecho. **Finalmente**, al desarrollar el deber del Estado de consultar con los pueblos indígenas en materias que afecten sus derechos e intereses consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte articuló una serie de protecciones que los Estados deben observar al restringir los derechos de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar de su propiedad.

A. El artículo 21 de la Convención Americana protege la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o tribales

La jurisprudencia de la Corte establece claramente que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana comprende el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a usar y gozar de la propiedad comunitaria. La Corte ha sostenido consistentemente que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”².

Además, la Corte ha sostenido que “tanto la propiedad privada de los particulares como la

¹ *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

² *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 88; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137.

propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana³. De este modo, de acuerdo con el artículo 21 de la Convención, “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica⁴. Asimismo, la Corte en el caso del *Pueblo Saramaka* señaló que “[d]icha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente⁵”.

Dado que Perú es parte de la Convención Americana, se encuentra jurídicamente obligado a proteger los derechos a la propiedad comunitaria de los miembros de sus comunidades indígenas y tribales, así como a garantizar el pleno ejercicio de estos derechos mediante la concesión a las comunidades de los títulos legales sobre sus tierras.

B. Los Estados tienen la obligación de demarcar y titular oficialmente los territorios indígenas

La Corte ha establecido que el mero reconocimiento por parte de los Estados de los derechos a la propiedad comunitaria de sus pueblos indígenas no es suficiente. Además, estos derechos deben estar protegidos mediante títulos oficiales de propiedad. Al respecto, la Corte ha sostenido que “más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra⁶. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho,

³ *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párr. 143.

⁴ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 91; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 148-149 y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa*, Cit., párrs. 118-121 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 75/02, Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”).

⁵ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 91.

⁶ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 115; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Cit., párr. 153; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párr. 215 y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No.

a fin de salvaguardar su certeza jurídica⁷⁷. Por supuesto, el sólo reconocimiento jurídico tampoco es suficiente y “carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”⁷⁸.

En los casos *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Moiwana Vs. Suriname* y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte sostuvo que la posesión de las tierras ancestrales les otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro⁹. En consecuencia, recientemente la Corte ha ordenado la demarcación, y cuando correspondiere, la restitución de las tierras ancestrales a las comunidades *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa*, *Moiwana* y *Saramaka*. Por tanto, bajo dichos precedentes vinculantes, Perú está jurídicamente obligado a demarcar y otorgar un título oficial a las tierras de las comunidades indígenas que se encuentran dentro del territorio del Estado peruano.

Adicionalmente, las obligaciones del Estado peruano en esta materia también surgen de otros tratados. En el caso del *Pueblo Saramaka*, la Corte analizó las obligaciones estatales a la luz del artículo 29 de la Convención Americana. De conformidad con dicho artículo, todas las normas convencionales deben ser interpretadas de manera tal que no se suprima ningún derecho o libertad garantizado por las normas internas o por cualquier otro tratado del que el Estado sea parte. Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1994 y en 2007 firmó la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos estos que refuerzan aún más los derechos a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales. Es significativo que, de conformidad con la Constitución peruana, el Convenio 169 de la OIT —tratado internacional ratificado por Perú— tiene la jerarquía de principio constitucional.

El artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT señala que: “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Asimismo, el artículo 14.2 señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

El artículo 26.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más explícita, al afirmar que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. Igualmente, la Declaración señala en su artículo 26.3 que los “Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos [y que d]icho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”. De esta manera, tanto los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los

124, párr. 209.

⁷ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 115.

⁸ *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párr. 143.

⁹ *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Cit., párr. 128; *Caso de la Comunidad Moiwana*, Cit., párrs. 131 y 209 y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Cit., párr. 151.

artículos 21 y 29 de la Convención Americana obligan a Perú a demarcar y a otorgar título oficial a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.

C. El artículo 21 protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales “usados tradicionalmente”

La Corte Interamericana al interpretar el artículo 21 de la Convención Americana ha sostenido que “los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”¹⁰. Aún cuando los territorios de los pueblos indígenas disfruten de reconocimiento oficial por parte del Estado, igualmente surgen conflictos debido a la extracción de los recursos naturales y el desarrollo comercial de dichas tierras. Algunos gobiernos sostienen que aunque las tierras de los pueblos indígenas sean legítimas y estén reconocidas por la legislación, el Estado mantiene el derecho sobre todos los recursos naturales que se encuentren en su territorio, incluidos los que se ubiquen en los territorios indígenas.

En el caso del *Pueblo Saramaka Vs. Suriname*, la Corte Interamericana, al decidir si Suriname tenía derecho a otorgar concesiones para la explotación de madera y de minas a terceros en el territorio *Saramaka*, estableció que el artículo 21 de la Convención protege sólo los recursos naturales que se encuentran en territorio de los pueblos indígenas, que hayan usado tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia. De conformidad con el ordenamiento jurídico de Suriname, “los derechos de propiedad de todos los recursos naturales le pertenecen al Estado”; en contraste, el testimonio de un líder Saramaka revela que los Saramakas han sostenido siempre la convicción de que “tiene[n] el derecho general de poseer todo, desde la copa de los árboles hasta los lugares más profundos que se puedan llegar debajo de la superficie”¹¹.

En los casos *Yakye Axa Vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, la Corte ya había establecido que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto la de sus integrantes, depende del acceso a y el uso de los recursos naturales de su territorio “que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí”¹² y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales¹³. Este derecho al acceso y al goce de los recursos naturales emana de la misma razón por la cual las comunidades indígenas tienen derecho a la propiedad del territorio que ocuparon ancestralmente: sin su tierra y los frutos y recursos que ella les otorga, la propia subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas estaría en peligro.

¹⁰ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 122; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párrs. 124 y 137 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Cit., párrs. 118 y 121.

¹¹ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 119.

¹² *Ibidem*, párr. 120.

¹³ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Cit., párr. 118; *Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párr. 137.

De conformidad con el esquema analítico desarrollado por la Corte en el caso del *Pueblo Saramaka*, la controversia sobre si un recurso natural determinado que se encuentre en territorio de los pueblos indígenas pertenece al Estado o a la comunidad, se resuelve a favor del uso tradicional de los mismos por los pueblos indígenas o tribales. En el caso del *Pueblo Saramaka*, la Corte realizó un examen exhaustivo del uso tradicional de los árboles por parte de la comunidad y concluyó que usaban diversos tipos de árboles con distintos propósitos, desde construir canoas hasta techar sus hogares, desde comer sus frutos y fabricar aceite para cocinar hasta realizar explotación maderera de subsistencia como una manera de tener ingresos. Como consecuencia de esto, la Corte determinó que el pueblo *Saramaka* había usado, cosechado y comercializado madera de forma tradicional, lo que hacía de ésta un recurso natural protegido por el artículo 21 de la Convención¹⁴.

Por otra parte, con base en un análisis similar respecto de las concesiones mineras auríferas, la Corte encontró que el pueblo *Saramaka* no tenía derechos de propiedad sobre el oro encontrado en sus tierras, dado que no había pruebas de que dicho pueblo hubiera realizado explotación minera o usado las minas como parte de su identidad cultural¹⁵.

No obstante, es importante resaltar que con respecto a las concesiones de minas auríferas, la Corte encontró una violación del derecho a la propiedad del pueblo *Saramaka*, debido a que Surinam incumplió con su deber de consultar con dicho pueblo el desarrollo de las referidas actividades extractivas. La Corte sostuvo que aún cuando el recurso natural a ser extraído no pertenezca a los grupos indígenas, tal extracción inevitablemente tendrá un impacto sobre otros recursos naturales protegidos (la explotación minera aurífera, por ejemplo, tendría un efecto nocivo en el suministro de agua potable) y que por ello interferiría con el derecho del pueblo a usar y gozar sus tierras tradicionalmente poseídas y sus recursos naturales¹⁶. Esta potencial interferencia, a su turno, activa el deber de los Estados de consultar previamente.

D. Los Estados tienen el deber de consultar con los pueblos indígenas afectados cuando limitan el derecho a la propiedad de dichos pueblos

El derecho a la propiedad establecido en la Convención Americana no es absoluto: el artículo 21.1 señala que: “[l]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Además, el artículo 30 de la Convención indica que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede restringir el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención si tal restricción responde

¹⁴ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párrs. 144-146.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 155.

¹⁶ *Ídem*.

“a los intereses de la sociedad”¹⁷. Para que las restricciones puedan considerarse “de interés de la sociedad” se requiere que: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) sean proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática¹⁸. Además, si la restricción afecta el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunitaria de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, la Corte requiere que se satisfaga un quinto elemento: e) la restricción no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”¹⁹.

De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, para asegurar que una restricción del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas no implique una denegación de la subsistencia como pueblo deben reunirse tres salvaguardas. **Primero**, el Estado debe asegurar la **participación efectiva** de los miembros del pueblo indígena o tribal, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. **Segundo**, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena o tribal se **beneficien razonablemente del plan** que se lleve a cabo dentro de su territorio. **Tercero**, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión o permiso dentro del territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un **estudio previo de impacto social y ambiental**²⁰.

E. Participación efectiva y deber del Estado de consultar

Para asegurar una “**efectiva participación**” de los grupos indígenas o tribales el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones; de aceptar y brindar información, lo que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, el Estado debe consultar con el pueblo de que se trate, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta deberá tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones²¹.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 127.

¹⁸ *Ídem y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, Cit., párrs. 144-145 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Cit., párr. 137.

¹⁹ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 128.

²⁰ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 129.

²¹ *Ibidem*, párr. 133. Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informa-

En la Sentencia de Interpretación en el caso del *Pueblo Saramaka*, emitida en agosto de 2008, la Corte elaboró aún más acerca **del significado del deber del Estado de consultar**, en el contexto de la extracción de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas. La Sentencia ordenó al Estado consultar con el *Pueblo Saramaka*, al menos respecto de seis asuntos²². **Primero**, sobre el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo; **segundo**, sobre el proceso mediante el cual se otorga a los miembros del pueblo el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; **tercero**, el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; **cuarto**, el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; **quinto**, sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; y **sexto**, en relación con cualquier restricción de los derechos de propiedad del pueblo, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro del territorio o que lo afecten²³. **Además**, con el propósito de asegurar una participación significativa de los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación de “aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”²⁴. **Finalmente**, la Corte aclaró que es el pueblo indígena o tribal y no el Estado quien debe decidir quién o quiénes lo representarán en cada proceso de consulta²⁵.

F. Beneficios compartidos

Debido a que las comunidades indígenas o tribales soportan los costos más pesados cuando un Estado emprende actividades de extracción y otras actividades de desarrollo en sus tierras, los Estados deben garantizar que la comunidad reciba un beneficio razonable de cualquiera de los planes que se lleven a cabo en su territorio. Esta obligación emana del artículo 21.2 de la Convención Americana, el cual señala que: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. La jurisprudencia de la Corte extiende la protección del artículo 21.2 de la Convención Americana no sólo a los casos de total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad²⁶.

do” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142. *Cfr.* también, los Principio del Ecuador, Principio 5.

²² *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16.

²³ *Ídem*.

²⁴ *Ibidem*. párr. 17.

²⁵ *Ibidem*. párr. 18.

²⁶ *Ibidem*. párr. 139.

De acuerdo con lo señalado por la Corte, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia²⁷. En el caso del *Pueblo Saramaka*, la Corte ordenó una reparación de \$75.000 dólares por los daños materiales sufridos por la tala de árboles y el daño causado a los bosques con las concesiones madereras otorgadas por el Estado²⁸.

G. Estudio previo de impacto social y ambiental

La Corte recientemente ha aclarado y elaborado acerca del deber del Estado de realizar un estudio de impacto social y ambiental por parte de una entidad independiente e imparcial, de manera previa al comienzo de cualquier plan de desarrollo a realizarse en su territorio. En su Sentencia de Interpretación en el caso del *Pueblo Saramaka*, la Corte señaló que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”²⁹, tales como las *Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*³⁰ (Akwé: Principios de Kon para la realización de evaluaciones de impacto cultural, ambiental y social relacionados con desarrollos propuestos para ejecución o que tengan probabilidades de tener impacto en sitios sagrados y en tierras y aguas tradicionalmente ocupadas o usadas por comunidades indígenas o locales).

Además de dichos estándares y buenas prácticas, la Sentencia de Interpretación establece que los estudios de impacto social y ambiental deben ser completados de forma previa al otorgamiento de la concesión, dado que uno de los objetivos para requerir dichos estudios es garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser informados sobre todos los proyectos que se proponen para ser realizados en su territorio. Por ello, el deber del Estado de supervisar dichos estudios coincide con el deber de garantizar la efectiva participación de las comunidades indígenas en el proceso de otorgamiento de concesiones. Los estudios de impacto social y ambiental deben ser realizados por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Finalmente, uno de los elementos que los estudios deben contener es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales³¹.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 199.

²⁹ *Caso del Pueblo Saramaka*. Interpretación de Sentencia, Cit., párr. 41.

³⁰ *Ídem*.

³¹ *Ídem*.

H. El incumplimiento de las salvaguardas es una violación del artículo 21 de la Convención Americana

Si el Estado falla en el cumplimiento de cualquiera de los requisitos mencionados anteriormente se produce una violación del artículo 21 de la Convención Americana. En el caso del *Pueblo Saramaka* la Corte resolvió que “[h]asta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio *Saramaka*, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo *Saramaka*, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”³².

De acuerdo con el precedente citado, el Estado de Perú o terceros que actúen con su consentimiento deben evitar realizar cualquier desarrollo o explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades indígenas de Bagua mientras el Estado no haya delimitado, demarcado y titulado completamente las tierras en cuestión, a menos que obtenga el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas afectadas. Si todas las tierras fueran demarcadas y tituladas, Perú estaría entonces obligado a encargar a una entidad competente e imparcial que conduzca un estudio de impacto social y ambiental, a consultar con las comunidades indígenas de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo que beneficie a ambas partes, y si alguno de los planes de desarrollo sigue adelante, asegurar que los grupos indígenas compartan sus beneficios.

I. Deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado

En el caso del *Pueblo Saramaka*, la Corte determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas (los denominados megaproyectos), el Estado tienen no solo el deber de consultar a la comunidad sino también el deber de obtener el **consentimiento previo, libre e informado**, de conformidad con sus costumbres y tradiciones³³. Hasta la fecha, la Corte no ha definido los términos “a gran escala” o “mayor impacto”.

Sin embargo, la Corte definió “plan de desarrollo o inversión” en el sentido de “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [indígena o tribal], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”³⁴. Una interpretación razonable de esta definición lleva a la conclusión de que el deber del Estado de consultar abarca todos los casos en que el Estado planee extraer recursos naturales o realizar de otra manera cualquier plan de desarrollo en territorios indígenas.

³² *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., punto resolutivo 5.

³³ *Ibidem*, párr. 134.

³⁴ *Ibidem*, nota de pie de página número 124.

J. Conclusión

Como se ha ilustrado, en el Sistema Interamericano, los Estados tienen la obligación de consultar con las comunidades indígenas o tribales afectadas cada vez que planean el desarrollo o explotación de recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades. Además, si el plan de desarrollo es de una escala tal que tiene el potencial de afectar la integridad de las tierras indígenas y sus recursos naturales, los Estados no pueden seguir adelante sin obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena o tribal afectada. Debido a la considerable escala de los proyectos para la región de Bagua en la Amazonia peruana, es muy factible que se hayan alcanzado los estándares de “desarrollo a gran escala” y de “mayor impacto”. Por lo tanto, el Estado de Perú tendría la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas, con anterioridad al inicio de cualquier actividad de desarrollo en Bagua o al otorgamiento de concesiones a terceros para la realización de tales actividades.

III. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS Y LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A. Instrumentos relevantes de derechos humanos de Naciones Unidas

Además de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales, la protección de los derechos de estos pueblos también se encuentra firmemente establecida dentro del Sistema de Naciones Unidas. El deber de los Estados de consultar con los pueblos indígenas las decisiones que los afecten se encuentra consagrado en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo 32.2 establece que:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Asimismo, el artículo 26.2 de la Declaración garantiza a los pueblos indígenas el derecho “a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

El Convenio 169 de la OIT también ha resaltado el deber de consultar y ha elaborado diversas disposiciones alrededor del mismo. Los artículos 6.1.a y 6.2 señalan que los Estados deben “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” y que tales consultas “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”.

Además, el artículo 7.1 de este convenio señala que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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.

Los artículos 15.1 y 15.2 del Convenio 169 enfatizan el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales provenientes de sus tierras aún cuando la propiedad de dichos recursos sea retenida por el Estado:

Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El deber de consultar también está reconocido por el núcleo de tratados de las Naciones Unidas, incluido el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Perú en abril de 1978, así como en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por Perú en septiembre de 1971. El artículo 1 del PDCP, similar al artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos, que incluye el derecho a buscar su desarrollo económico, social y cultural, así como a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales.

más, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, al interpretar la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por Perú en 1971, hizo un llamado a los Estados Parte para que

[G]aranticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; ... [y] que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos³⁵.

Con respecto a la coparticipación en los beneficios, los instrumentos de Naciones Unidas sobre derechos humanos coinciden con la perspectiva adoptada por el Sistema Interamericano. El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece que aún en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o que tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los Estados deben compartir con las comunidades afectadas cualquier beneficio que obtengan por el desarrollo de actividades en territorios indígenas:

Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.... Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El artículo 32.3 de la Declaración de Naciones Unidas requiere a los Estados que “estable[zcan] mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” de las comunidades indígenas por proyectos “que afecte[n] a sus tierras o territorios y otros recursos”.

B. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: el deber de consultar

El profesor James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas (en adelante Relator Especial) considera el deber de consultar como uno de los “asuntos centrales” para garantizar los derechos indígenas en el mundo. En julio de 2009 presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un informe en el que destaca las obligaciones estatales relativas al deber

³⁵ *Observación general No. 23 (1997) relativa a los pueblos indígenas*. CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, párrs. 4.d y 5.

de consultar, a la luz de las disposiciones de diversos instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas. Según el Relator Especial, el deber de consultar surge cada vez que el Estado analiza cualquier proyecto de desarrollo o de extracción de recursos naturales a realizarse en tierras indígenas. Por lo anterior, recomienda que los Estados que no se encuentren preparados para implementar consultas desarrollen sin demora los mecanismos apropiados.

De forma similar al Sistema Interamericano, el Relator Especial considera que el deber de consultar no se limita a las situaciones en las que los planes de desarrollo propuestos afecten tierras reconocidas a los indígenas por la legislación interna. Destaca que el Consejo de Administración de la OIT había afirmado expresamente que

Las consultas a las que se hacen referencia en el artículo 15.2 [del Convenio No. 169] se exigen respecto de los recursos que son propiedad del Estado y que se encuentran en los territorios que los pueblos afectados ocupan o de otra manera usan, tengan o no título de propiedad sobre esas tierras³⁶.

Haciendo eco de las decisiones de la Corte Interamericana, el Relator Especial enfatizó que cuando los Estados otorgan concesiones a empresas privadas para realizar proyectos de desarrollo dentro o en las proximidades de los territorios indígenas, el Estado mismo tiene la responsabilidad de llevar a cabo o asegurar la adecuada consulta, aún cuando la empresa privada sea la que promueva y lleve a cabo las actividades que pudieran afectar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras. De conformidad con los sólidos principios de derecho internacional y la jurisprudencia, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la consulta, es de aquellos que no se pueden evadir delegándolo a una empresa privada o a otra entidad. El Relator Especial ha condenado las situaciones en que algunos Estados transfieren las consultas a las empresas privadas involucradas en un proyecto. Además de no absolver al Estado de su responsabilidad, según el Relator, tal delegación de las obligaciones estatales relacionadas con los derechos humanos es problemática debido a que los intereses de las empresas privadas no pueden estar en completa sintonía con el interés público³⁷.

El Relator Especial también señaló que el deber del Estado de consultar debe adoptar la forma de negociaciones que conduzcan a acuerdos mutuamente aceptados, que sean llevadas a cabo de forma previa a que se tome cualquier decisión, en vez de ser mecanismos encaminados a entregar información sobre decisiones ya tomadas y sin permitir que los indígenas tengan genuinamente influencia en el proceso de toma de decisiones³⁸. Estos principios también pueden encontrarse en el artículo 6.2 del Convenio 169, el cual establece que “[l]as consultas llevadas a

³⁶ *Informe del Comité constituido para examinar los argumentos de la representación sobre el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*, realizado de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de los trabajadores del campo y de la ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 48.

³⁷ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/12/34 (disponible sólo en inglés), julio de 2009, párrs. 54-55.

³⁸ *Ibidem*, párr. 47.

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”³⁹.

Además, con el propósito de crear un ambiente de confianza y tratar los desequilibrios de poderes inherentes a la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, los Estados tienen la responsabilidad de dotar a estos grupos de la asistencia financiera, técnica y de cualquier otra índole que requieran para lograr una participación significativa en el proceso. Asimismo, el marco en el que las consultas se lleven a cabo debe ser justo y transparente y tomar en cuenta las normas culturales y las costumbres de los pueblos en cuestión, tal como es requerido por el artículo 27 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁰.

En sentido similar a la decisión de la Corte Interamericana en el caso del *Pueblo Saramaka*, el Relator Especial afirmó que en los casos en que se encuentra involucrado un plan de desarrollo de recursos naturales en territorios indígenas, los Estados deben suministrar a las comunidades afectadas información completa y objetiva sobre todos los aspectos del proyecto, incluido el impacto ambiental y en las vidas de los miembros de la comunidad. Por esta razón, los Estados están obligados a llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental antes de que puedan comenzar las consultas con los pueblos indígenas⁴¹.

Finalmente, el Relator Especial destacó que el objetivo del deber de consultar es el de obtener el “consentimiento libre, previo e informado” de los pueblos indígenas afectados⁴². No obstante, el proceso de consulta no otorga a las comunidades indígenas el poder de vetar los proyectos propuestos⁴³. La Declaración de Naciones Unidas requiere el consentimiento de las comunidades indígenas afectadas solamente en dos situaciones: cuando el proyecto implique traslado de sus tierras tradicionales o el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios. El Relator Especial, siguiendo la decisión en el caso *Saramaka*, agregó una tercera situación en la que, bajo el derecho internacional, se requiere el consentimiento previo: cuando los “proyectos a gran escala” tengan un “mayor impacto” en las tierras indígenas⁴⁴.

En las demás situaciones el proceso de consulta tiene el consentimiento como fin y es a menudo un mecanismo para explorar medidas para mitigar el impacto adverso y llegar a un acuerdo sobre una participación justa en los beneficios. De acuerdo con el Relator Especial, “los principios de consulta y consentimiento no otorgan a los pueblos indígenas el derecho de imponer

³⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 6.

⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Cit., párrs. 51-52 y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴¹ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Cit., párr. 53.

⁴² Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

⁴³ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Cit., párr. 48.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 47.

unilateralmente su voluntad a los Estados cuando éstos actúen a favor del interés público, legítimamente y de buena fe. En vez de ello, [dichos principios] buscan un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas”⁴⁵.

IV. COMPARACIÓN DE LOS MARCOS JURÍDICOS REGIONALES

Introducción

Ciertamente, Perú enfrenta cuestiones de derechos de los pueblos indígenas que son comunes a muchos Estados de la región: la propiedad y la posesión de territorios tradicionalmente ocupados por pueblos indígenas; el uso, manejo y conservación de los recursos naturales de los territorios indígenas; la consulta previa antes de la exploración y explotación de los recursos en territorios indígenas; y la indemnización por los daños ocasionados con cualquiera de estas actividades. En el presente capítulo se estudian las experiencias de cuatro países, Bolivia, Brasil, Colombia y Ecuador, que ofrecen enfoques muy informativos acerca de la protección de los derechos de los indígenas. Un examen a fondo de estos ejemplos ayudará al Perú, así como a otros Estados de América, en sus esfuerzos para implementar esta serie de derechos fundamentales, incluido el derecho a la consulta previa.

A. Bolivia

1. Antecedentes históricos

Bolivia tiene una población predominantemente indígena; el 62% de la población se identifica a sí misma como indígena⁴⁶. Hay 37 grupos étnicos oficialmente reconocidos como pueblos indígenas, con una población total de aproximadamente 6'060.652 personas⁴⁷. Como antigua colonia de España, Bolivia ha luchado con el patrón de explotación y marginación de sus pueblos indígenas y el despojo de sus tierras, lo que ha resultado en la división tradicional entre la población minoritaria de la élite política, predominantemente blanca, y la mayoría indígena. Sin embargo, desde finales de los años 60, los pueblos indígenas empezaron a surgir como una nueva fuente de poder político, después de que la revolución nacionalista de 1952 abriera el camino para que fueran reconocidos como ciudadanos bolivianos y para la implementación de la reforma agraria. El movimiento indígena sigue creciendo mediante la movilización de comunidades indígenas, la participación política indígena y las marchas lideradas por organizaciones indígenas que transmiten las demandas de los pueblos indígenas al gobierno central⁴⁸.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 49.

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, U.N. Doc. A/HRC/11/11, febrero 18 de 2009, pág. 5.

⁴⁷ Agencia Central de Inteligencia [CIA], *El libro de datos del Mundo: Bolivia (2009)*, disponible en www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html.

⁴⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, *Cit.*, pág. 5.

2. Desarrollo legal y reforma

Estas acciones concretas de los pueblos indígenas de Bolivia, con un enfoque de abajo hacia arriba, jugaron un rol fundamental para que el Estado ratificara y apoyara una serie de tratados y declaraciones internacionales relativas al derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Además, el Estado ha hecho un esfuerzo concentrado para incorporar las obligaciones derivadas de tales instrumentos en el derecho interno, incluido el reconocimiento y la protección de los derechos de los indígenas en la Constitución⁴⁹.

En diciembre de 1991, Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁵⁰. Este convenio fue incorporado a la normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257, que obligó al gobierno a respetar los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a la consulta previa⁵¹. En 1994, la Ley de Participación Popular (Ley 1551) estableció nuevas formas de participación política local; específicamente, daba reconocimiento a organizaciones territoriales de base, muchas de las cuales eran indígenas, lo cual permitía que el movimiento indígena tuviera una voz dentro del sistema nacional⁵². El reconocimiento legal de las organizaciones territoriales ha permitido que organizaciones indígenas regionales como la Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB) y la Capitanía de Alto y Bajo Izozog (CABI) se hayan convertido en poderosos activistas en los movimientos de derechos de los indígenas. Estas organizaciones hoy son reconocidas como representantes de los pueblos indígenas en su región, entre otras razones, porque realizan peticiones periódicas al gobierno para que éste realice cambios y actúan como agentes en los procesos de consulta relativos a los territorios indígenas⁵³.

En 1995 se reformó la Constitución; se reconoció el carácter multicultural y multiétnico del país y se establecieron una serie de modificaciones legislativas que abordan específicamente los derechos de los indígenas. Estos derechos incluían el reconocimiento de la propiedad colectiva y la titulación de las tierras en los territorios indígenas⁵⁴. Mediante la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley 1715 o Ley INRA) el gobierno de Bolivia reestructuró su marco jurídico e institucional para la regulación de la propiedad agraria y aumentó la eficiencia y transparencia de los procesos relacionados con el manejo y la administración de las zonas agrarias del país.

A su vez, la ley INRA creó las siguientes organizaciones: el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), como la única entidad responsable de administrar las áreas rurales de Bolivia;

⁴⁹ Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas, Misión a Bolivia: Informe y Recomendaciones, mayo 8 de 2009, párr. 8.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169, disponible en www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm

⁵¹ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*. Informe presentado en el Taller de Pueblos Indígenas, Bosques y el Banco Mundial, Forest Peoples Programme, Washington D.C., mayo 9-10, 2000, pág. 47.

⁵² Nancy Grey Postero, *Ahora somos ciudadanos: política indígena en la Bolivia postmulticultural*, Stanford University Press, 2006, págs. 128-129.

⁵³ *Ibidem*, págs. 68-70.

⁵⁴ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5.

la Superintendencia Agraria, encargada de regular y monitorear el uso sostenible y el manejo de los recursos del suelo en armonía con los recursos de la flora y fauna de Bolivia y la Judicatura Agraria, como la agencia responsable de administrar justicia en las disputas relacionadas con las tierras⁵⁵.

Este marco jurídico prevé el establecimiento y reparto de los Territorios Comunitarios de Origen (TCO) en tierras ocupadas por indígenas o nativos. Adicionalmente, el INRA reconoció el derecho de los pueblos indígenas al uso y desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables de las tierras, el derecho al manejo propio de las tierras de conformidad con el derecho consuetudinario indígena y los principios de inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras⁵⁶. Además, en 1997, el gobierno boliviano estableció el Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios (VAIPO), dentro del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planeación, que está encargado específicamente de asegurar la implementación de los derechos de los indígenas⁵⁷.

En diciembre de 2005 se dio un paso más en el reconocimiento de los pueblos indígenas en Bolivia, con la elección de Evo Morales Ayma, como el primer presidente indígena de Bolivia. El nuevo gobierno anunció su intención de promover los derechos indígenas aún más y adoptó varias reformas adicionales. En particular, la Ley de Recondición Comunitaria de la Reforma Agraria (Ley 3534), adoptada por el Congreso en noviembre de 2006, que busca la distribución de tierras a pueblos indígenas que no tienen suficiente tierra o que necesitan complementar la que ya poseen. Específicamente, la ley permite al gobierno restituir la tierra cuando hay evidencia de servidumbre o trabajo forzado en la propiedad, que es un problema que han enfrentado los pueblos indígenas en Bolivia desde los días de la colonia y continúa presente hasta hoy, particularmente en la región del Chaco⁵⁸. En estos casos, la propiedad sería expropiada por el Estado y el título de propiedad posteriormente sería transferido a las comunidades indígenas que la necesiten⁵⁹.

El nuevo gobierno también estableció nuevos organismos gubernamentales con el fin de tratar los asuntos indígenas mediante órganos tales como la Unidad Integrada de Derechos Indígenas y el Comité Técnico Interinstitucional para los Pueblos Indígenas, adscritos al Ministerio de la Presidencia, y el Viceministerio de Justicia Basada en la Comunidad, adscrito al Ministerio de Justicia⁶⁰. Estos organismos están diseñados para mantener canales de comunicación entre los

⁵⁵ Rafael Deiz, *El estado actual de la propiedad agraria en Bolivia*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Departamento de América Latina y el Caribe, noviembre 5 de 2002, pág. 5, disponible en http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADG985.pdf.

⁵⁶ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 9.

⁵⁷ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Cit., pág. 64.

⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 9.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 13.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 7.

órganos del gobierno central y la población indígena⁶¹. En particular, estos mecanismos de comunicación contribuyen a realizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Bolivia.

Un esfuerzo reciente para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas de Bolivia es la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que entró en vigor el 7 de febrero de 2009⁶². La nueva Constitución mejora e incorpora los derechos otorgados anteriormente a la población indígena y contiene disposiciones específicamente referidas a los derechos de los indígenas. En particular, la nueva Constitución toma plenamente en cuenta las provisiones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶³. Por ejemplo, el artículo 30 garantiza a los pueblos indígenas el derecho a la consulta previa:

[M]ediante procedimientos apropiados, y en particular a través de instituciones [indígenas], 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 habitan⁶⁴.

Además, la nueva Constitución ofrece a las poblaciones indígenas una “participación en los beneficios” cuando los recursos naturales sean extraídos de sus territorios; también gozan del derecho al “uso y el disfrute exclusivo de los recursos naturales renovables en su territorio, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”⁶⁵.

La Constitución establece que los recursos nacionales son propiedad del pueblo boliviano y que el Estado los administrará en nombre del interés colectivo⁶⁶. Sin embargo, le otorga al Estado la autoridad de conceder derechos individuales y colectivos sobre las tierras, así como la concesión de derechos para el uso y disfrute de los recursos naturales⁶⁷. Dado que la nueva Constitución ha entrado recientemente en vigor, es difícil determinar cómo serán implementadas estas disposiciones y cuáles serán las consecuencias sobre los pueblos indígenas. No obstante, Rodolfo Stavenhagen, entonces Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, manifestó que:

⁶¹ *Ídem*.

⁶² Carlos Valdez, *La nueva constitución entra en vigencia en Bolivia*, Associated Press, febrero 7 de 2009, disponible en www.boliviaun.org/cms/?p=711.

⁶³ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 18.

⁶⁴ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 30 (15)-(17).

⁶⁵ *Ídem*.

⁶⁶ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 349. Ver también el artículo 356: Las actividades de exploración, explotación, y aquellas que involucren recursos naturales no renovables “tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública”.

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 349.

Desde su llegada al poder en el 2005, el Gobierno ha iniciado reformas políticas, legales e institucionales de gran profundidad, con el propósito de revertir la situación de exclusión y marginación de la población mayoritariamente indígena dentro del contexto de un nuevo modelo de Estado⁶⁸. Todos los sectores del país —indígenas o no indígenas— tienen la oportunidad y la responsabilidad de contribuir al [proceso histórico de construir una sociedad pluralista, intercultural, participativa, inclusiva y democrática] sin resentimiento u odio⁶⁹.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta las anteriores disposiciones constitucionales y el derecho interno que incorporó los requerimientos del Convenio 169 de la OIT, de la Convención Americana y de otros tratados internacionales, así como el compromiso general del Estado con los pueblos indígenas, los efectos seguramente serán positivos. Aunque aún hay mucho trabajo por hacer, el marco jurídico de Bolivia debería servir como un buen ejemplo para otros países de América que buscan la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

3. Aplicación del marco jurídico de Bolivia relativo a los derechos sobre las tierras indígenas y el derecho a la consulta

El Gaseoducto Bolivia-Brasil (GBB) sirve como un ejemplo en el que el gobierno, los pueblos y las organizaciones indígenas y las organizaciones internacionales trabajaron en conjunto bajo el marco jurídico de Bolivia, con relativo éxito. El GBB constituye uno de los proyectos de ingeniería más largos de Latinoamérica, que recorre desde Santa Cruz, Bolivia, hasta Porto Alegre, Brasil, en la costa atlántica⁷⁰. Con una extensión de más de 3.000 kilómetros, el gaseoducto atraviesa varias áreas protegidas e internacionalmente reconocidas, tales como el Gran Chaco boliviano. Como era de esperarse, surgieron preocupaciones relacionadas con el impacto que este proyecto tendría en los territorios indígenas, particularmente en el ambiente, y el posible incremento de la exploración de petróleo en tierras nativas⁷¹.

En diciembre de 1997, se firmó en La Paz un acuerdo entre CABI, CIDOB, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Gas TransBoliviano (GTB) y la compañía brasilera Petrobras, que estableció un mecanismo para la participación indígena en el proyecto GBB⁷². Específicamente, el acuerdo estableció un Comité Ejecutivo conformado por siete miembros: dos de Enron-Shell, uno de Petrobras, tres representantes indígenas y un representante independiente⁷³. Aunque los pueblos indígenas estaban frustrados por la cantidad de esfuerzo invertido para obtener una participación directa en el proyecto, a pesar de la protección consagrada en el sistema legal, la formación del comité y el nivel de participación indígena en el

⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2, noviembre 10 de 2004, pág. 18.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 19.

⁷⁰ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Cit., pág. 55.

⁷¹ *Ibidem*, págs. 55-57.

⁷² *Ibidem*, pág. 56.

⁷³ *Ídem*.

proyecto constituyeron un logro histórico para el movimiento indígena y el reconocimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT⁷⁴.

4. Conclusión

El marco normativo vigente en Bolivia es el resultado directo de esfuerzos conjuntos de los pueblos indígenas y del Estado. El proceso comenzó cuando los movimientos indígenas se manifestaron y presionaron al gobierno para realizar el cambio y el gobierno respondió mediante la ratificación de tratados internacionales, la implementación de legislación crucial para la participación política activa de los pueblos indígenas y el reconocimiento y protección de los derechos de los nativos. Específicamente, el derecho a la consulta previa, el reconocimiento legal del derecho de los pueblos indígenas al uso sostenible y a la protección de los recursos naturales renovables en sus tierras, el derecho al manejo propio de las tierras y los principios de inalienabilidad e inembargabilidad de los territorios fueron de importancia capital en el desarrollo interno de los requisitos del Convenio 169 de la OIT. Adicionalmente, el enfoque participativo basado en la negociación y el diálogo entre las partes que se dio en el proyecto GBB sirve como modelo de cómo el marco jurídico puede funcionar en beneficio de todos los involucrados, sin necesidad de exclusión, violencia y opresión. Con la diligencia del gobierno y de los pueblos indígenas en Bolivia hay una posibilidad clara de cumplir con el marco jurídico creado para proteger los derechos de los nativos, lo que a su vez aumenta estas posibilidades en todo el continente americano.

B. Colombia

1. Antecedentes históricos

En Colombia hay 84 grupos étnicos oficialmente reconocidos como pueblos indígenas, con una población total de aproximadamente 785.000 personas. Los pueblos indígenas de Colombia se extienden a lo largo del país y representan una gran diversidad demográfica y cultural. Tres grupos, los Wayuu, los Paez y los Embera, tienen cada uno más de 50.000 miembros, mientras que más de 30 grupos tienen cada uno menos de 500 miembros. La mayoría de pueblos indígenas en Colombia vive en comunidades rurales y en pequeños grupos nómadas y trabajan como agricultores, recolectores y pescadores. Sin embargo, hay una creciente población indígena urbana⁷⁵.

2. Desarrollo legal y reforma

En los últimos años, Colombia ha buscado la manera de restituir las tierras tradicionales a los pueblos indígenas y aumentar el reconocimiento y la inclusión de la identidad cultural de los indígenas en la sociedad nacional. También han surgido organizaciones comprometidas con la defensa de los derechos de los indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de

⁷⁴ Thomas Griffiths, *Proyectos del Banco Mundial y los Pueblos Indígenas en Ecuador y Bolivia*, Cit., págs. 56–57.

⁷⁵ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 5.

Colombia (ONIC), que representa a la mayoría de pueblos indígenas en Colombia⁷⁶. La culminación de este movimiento por los derechos de los indígenas ocurrió con la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la subsiguiente adopción de una nueva Constitución Política.

Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1991 y reformó su Constitución en ese mismo año; muchos de los principios del Convenio de la OIT fueron incorporados en la nueva Constitución⁷⁷. Según Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, la Constitución de Colombia es una de las más progresistas de América Latina, especialmente en términos de la incorporación de derechos territoriales indígenas, auto gobierno y autonomía⁷⁸.

Los artículos 63 y 329 constitucionales garantizan que los derechos indígenas sobre tierras tradicionales sean de propiedad colectiva, inalienable e inembargable⁷⁹. El artículo 246 dispone que los territorios indígenas tengan su propio gobierno y autoriza la conformación de una jurisdicción indígena que utiliza las normas tradicionales del derecho consuetudinario⁸⁰. El artículo 171 establece que los pueblos indígenas estarán representados por dos senadores indígenas elegidos en circunscripción nacional especial y un número de representantes determinado por la ley⁸¹. Adicionalmente, en relación con los artículos 79 (derecho a un ambiente sano) y 80 (recursos naturales), el artículo 330 (parágrafo) dispone que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas se haga sin menoscabo de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas⁸². Además, el artículo 330 garantiza que los pueblos indígenas tengan derecho a ser consultados sobre las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios⁸³. Finalmente, el artículo 330 establece que el Estado está obligado a tomar medidas para proteger a las comunidades indígenas de cualquier efecto perjudicial que se le ponga de presente durante el proceso de consulta⁸⁴.

Para ello, Colombia ha reconocido la necesidad de procedimientos judiciales efectivos. La Corte Constitucional juega un papel crucial en la protección de los derechos a la cultura y a la tierra de los pueblos indígenas⁸⁵. La Corte Constitucional se encarga de la guarda de la integridad

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169, disponible en www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm.

⁷⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 6.

⁷⁹ Siegfried Wiessner, *Derechos y situación de los pueblos indígenas: un análisis global internacional y comparado*, Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, Vol. 12, 1999, pág. 80.

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ *Ídem*.

⁸² James Anaya y Robert A. Williams Jr., *La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, Vol. 14, 2001, pág. 62.

⁸³ *Ibidem*, pág. 61.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 62.

⁸⁵ *Ídem*.

y supremacía de la Constitución y es el órgano máximo de la jurisdicción constitucional en el sistema de justicia ordinario⁸⁶. El principal mecanismo de protección para la defensa de los derechos de los indígenas ante la Corte Constitucional es la acción de tutela, concebida para la protección inmediata de derechos fundamentales. Aunque la acción de tutela generalmente está disponible para la protección de derechos individuales, se ha permitido que las comunidades indígenas la interpongan para la protección de sus derechos culturales y a las tierras como derechos fundamentales, a pesar de la naturaleza colectiva de éstos⁸⁷.

Además de la Corte Constitucional, Colombia ha desarrollado su marco normativo para garantizar las disposiciones constitucionales. Este marco incluye leyes y decretos, tales como el Decreto 1397 de 1996, que obliga al Estado a involucrar y a consultar a las comunidades, pueblos y organizaciones indígenas cualquier proyecto o plan de desarrollo que se lleve a cabo en sus territorios⁸⁸. El decreto 1397 también establece que no se podrá otorgar ninguna licencia ambiental sin la realización de estudios de impacto económico, social y cultural, los cuales deberán ser completados con la participación de comunidades indígenas, sus autoridades y sus organizaciones⁸⁹. El Decreto 1320 de 1998 amplía el deber de consulta, no sólo para los proyectos, trabajos o empresas que se proponga que tendrán lugar en los resguardos indígenas, sino también para aquellos que se proponga que tendrán lugar en tierras sin título de propiedad pero que son regular y permanentemente habitadas por comunidades indígenas⁹⁰.

Para facilitar las consultas existen espacios permanentes, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, que permiten que los pueblos indígenas y sus organizaciones se reúnan regularmente con el Estado para negociar, concluir y revisar acuerdos de seguimiento de todas las decisiones administrativas y legislativas que los puedan afectar⁹¹. Las instituciones nacionales también incluyen el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), que tiene el mandato de adquirir tierras que hayan sido declaradas como pertenecientes a comunidades indígenas y restituir las a dichas comunidades⁹².

Además, el Ministerio del Interior y de Justicia, a través de su Oficina de Asuntos Indígenas, es responsable de la protección de los derechos territoriales, culturales y tradicionales de los

⁸⁶ Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, *Informes de Derechos Humanos: Colombia, 2002*, disponible en www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18325.htm.

⁸⁷ James Anaya y Robert A. Williams Jr., *La protección del derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Cit., pág. 62.

⁸⁸ Lila K. Barrera-Hernández, “Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú”, en *Derechos Humanos en el desarrollo de los recursos naturales: participación pública en el desarrollo sustentable de la minería y los recursos energéticos*, Donald Zillman, Alastair Lucas y George Pring, editores, Oxford University Press, 2002, pág. 606.

⁸⁹ Lila K. Barrera-Hernández, “Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú”, Cit., pág. 606.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 607.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 606.

⁹² Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, *Informes de Derechos Humanos 2008: Colombia*, disponible en www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/wha/119153.htm#.

pueblos indígenas. Representantes del ministerio, en conjunto con representantes de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, trabajan con otras organizaciones gubernamentales de derechos humanos y con ONGs para promover los intereses indígenas y para investigar la violación de los derechos de los indígenas. El Ministerio también es responsable de la compra de tierras para agregar a los resguardos indígenas⁹³.

3. Aplicación del marco jurídico de Colombia relativo a los derechos sobre las tierras indígenas y el derecho a la consulta

En términos generales, Colombia ha tenido éxito trabajando con los pueblos indígenas en relación con el derecho a la consulta previa, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política de Colombia⁹⁴. Según el Embajador Jairo Montoya, Representante Permanente Alterno de Colombia ante las Naciones Unidas, desde 2003 han tenido lugar 71 procesos de consulta previa, relacionados con la exploración, extracción y otros proyectos de desarrollo en áreas constituidas como territorios indígenas⁹⁵.

En general, el descontento con el sistema no proviene de las consultas en sí mismas sino de la escasa frecuencia con que éstas permiten lograr un acuerdo entre las partes. En estos casos, la Corte Constitucional ha establecido que si bien es deber del Estado proveer mecanismos razonables de participación, el Estado no está obligado a llegar a un acuerdo cuando el problema está relacionado con el subsuelo y/o con los recursos naturales no renovables⁹⁶. Esto es así porque, aunque los pueblos indígenas gozan de derechos exclusivos de propiedad sobre la tierra en sus resguardos, el Estado mantiene la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, para conservar y garantizar el uso público para el beneficio de la nación entera⁹⁷. Así, tanto la Corte Constitucional como el Comité de Expertos de la OIT han establecido que el derecho a la consulta previa no otorga a las comunidades indígenas poder de veto sobre las decisiones del Estado de explorar y extraer recursos⁹⁸.

El caso de los U'wa y la Occidental Petroleum es un excelente ejemplo de lo anterior. Siguiendo el marco jurídico vigente en Colombia, los U'wa cuestionaron la licencia que otorgó el gobierno a la Occidental para explorar petróleo en un área adyacente a los territorios U'wa (Resguardo Único), alegando que dicha licencia fue expedida sin el respeto del derecho fundamental a la consulta previa⁹⁹. Occidental alegó que la consulta sí ocurrió y que tuvo como resultado la firma por parte de los U'wa de un memorándum que establecía las condiciones en que se podían reali-

⁹³ Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, Cit.

⁹⁴ Roque Roldán Oterga, *Modelos para el reconocimiento de los derechos indígenas a la tierra en América Latina*, Departamento Ambiental, Banco Mundial, 2004, pág. 7.

⁹⁵ Embajador Jairo Montoya, Representante Permanente Alterno de Colombia ante las Naciones Unidas, discurso dirigido al Presidente del 61º Período de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Su Excelencia Sheikh Haya Rashed Al Khalifa, agosto 13 de 2007, pág. 2.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 3.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 4.

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ Lillian Aponte Miranda, *Los U'wa y la Occidental Petroleum: en busca de la rendición de cuentas de las empresas en las violaciones de los derechos indígenas a la tierra*, 31 Am. Indian L. Rev. 651, 658, 2007.

zar las actividades de exploración. Los U'wa negaron haber firmado dicho documento e indicaron que habían notificado tanto a Occidental como al gobierno de la necesidad de información para presentar a los líderes U'wa una decisión final en nombre de su pueblo¹⁰⁰.

El Defensor del Pueblo instauró una demanda formal en representación de los U'wa, que llegó a la Corte Constitucional para decisión final. Simultáneamente, el gobierno también instauró una acción de reparación ante el Consejo de Estado, la autoridad máxima de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Corte Constitucional decidió que el derecho de los U'wa a la consulta previa había sido violado debido a que se realizó un proceso de información a la comunidad mas no de consulta y ordenó al gobierno que reiniciara el proceso de consulta con los U'wa.

Habida cuenta que el Consejo de Estado dejó sin efecto la decisión de la Corte Constitucional, por considerar que el interés nacional y el derecho del Estado para disponer de los recursos supedita los derechos constitucionales de los pueblos indígenas a sus tierras y a la supervivencia cultural¹⁰¹, el caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y fue resuelto mediante negociaciones internacionales con un grupo conformado por la OEA y la Universidad de Harvard¹⁰². En última instancia, el grupo emitió una serie de recomendaciones que apoyaban la necesidad de realizar un proceso de consulta adecuado, bajo la supervisión del gobierno colombiano. Las recomendaciones incluían dotar a los U'wa de servicios jurídicos, de un programa para la prevención y solución de conflictos y de asistencia técnica para las evaluaciones del impacto ambiental y social¹⁰³.

Si bien este caso muestra que hay un marco jurídico vigente en Colombia que da voz a las preocupaciones y quejas de los pueblos indígenas en cuanto a su derecho a ser consultados, también demuestra la necesidad de procesos de negociación y solución más efectivos a nivel local. A pesar de la existencia de decretos como el 1397 y el 1320 y de espacios de diálogo como la Mesa Permanente de Concertación, el hecho de que el caso hubiera llegado a instancias de la OEA para poder encontrar una solución indica que el sistema podía mejorarse aún más¹⁰⁴, lo que en efecto ha sucedido en los años siguientes.

Aunque el caso U'wa-Occidental fue muy conocido a nivel americano, bajo ninguna circunstancia se trata de una anomalía. Muchos países de la región sufren de la misma incapacidad para resolver los conflictos en las etapas preliminares de la negociación de manera satisfactoria para las partes involucradas¹⁰⁵. Por lo tanto, existe una necesidad de desarrollar estrategias que faciliten el proceso de consulta y permitan resolver los problemas a nivel local en toda América.

¹⁰⁰ *Ídem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 651, 658.

¹⁰² *Ídem*.

¹⁰³ Theodor McDonald, James Anaya S. y Yadira Soto, *Observaciones y recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré*, Organización de los Estados Americanos/Universidad de Harvard, Proyecto en Colombia, 1997, págs. 16-18, disponible en www.esqr-net.org/usr_doc/Macdonald_Samore_eng.pdf.

¹⁰⁴ Lilia K. Barrera-Hernández, "Participación en América Latina: Argentina, Colombia, Perú", *Cit.*, pág. 608.

¹⁰⁵ Theodore McDonald, *El Medio Ambiente en América Latina: una aproximación interdisciplinaria*, Revista Harvard Review of Latin America, otoño, 1998, disponible en www.drclas.harvard.edu/revista/articles/view/351

4. Conclusión

El marco jurídico vigente en Colombia es el resultado directo de la Constitución progresista de 1991, que fue la primera en reconocer claramente muchos derechos específicos de los pueblos indígenas. Sin embargo, debe anotarse que a pesar de las protecciones legales del marco constitucional, legislativo e institucional vigente para proteger los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas relacionados con la propiedad, estas poblaciones aún se encuentran en una crisis de derechos humanos. El conflicto interno en Colombia entre los militares, los grupos paramilitares y las guerrillas, ha debilitado severamente la capacidad del gobierno para concentrarse en cualquier cosa que no sea la violencia que ha vivido el país por más de 30 años¹⁰⁶.

No sólo la lucha ha consumido las capacidades y los recursos del gobierno para permitir que el marco de los derechos de los indígenas funcione plenamente, sino que el conflicto mismo ha causado muchas de las dificultades que enfrentan las poblaciones indígenas, que a menudo se encuentran en la línea de fuego¹⁰⁷. Sin embargo, estas dificultades no deben empañar el éxito del marco normativo vigente que protege el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de Colombia. El ejemplo de Colombia debe servir entonces como un excelente modelo a seguir por otros países que buscan proteger este derecho de conformidad con el derecho internacional.

C. Brasil

1. Antecedentes históricos

Se estima que en Brasil hay más de 233 grupos indígenas que viven dentro de sus fronteras¹⁰⁸ y cerca de cinco millones de personas indígenas¹⁰⁹. Los pueblos indígenas habitan en todo el país, en una gran variedad de ambientes, desde bosques tropicales hasta zonas semidesérticas¹¹⁰. Sus formas de vida son también muy variadas: desde la caza y la recolección hasta la vida nómada¹¹¹. Mientras que algunos pueblos han interactuado con el gobierno y han hecho esfuerzos por proteger sus derechos bajo la Constitución de 1988, otros han tenido poco o ningún contacto con el mundo exterior. Sin embargo, todas las comunidades enfrentan retos en la afirmación de sus derechos, bien sea bajo la Constitución de 1988 o bajo las diversas obligaciones internacionales asumidas por Brasil.

¹⁰⁶ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: Misión a Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 8.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁰⁸ Ver: www.unhcr.org/refworld/country,,MARP,,BRA,4562d94e2,469f3a5fc,0.html.

¹⁰⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Doc. A/HRC/12/34/Add.2, agosto 26 de 2009, pág. 8.

¹¹⁰ Ver: www.survivalinternational.org/tribes/brazilian.

¹¹¹ *Ídem*.

2. Desarrollo y reforma legal

a. *La Constitución de 1998*

La Constitución de 1988 constituyó un gran paso hacia el objetivo de promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución dedica todo un capítulo a los “Indios” y reconoce la diversidad cultural de la nación. El Capítulo VII se compone de dos artículos. El artículo 231 dice que “[s]e reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes”. En este artículo se reconoció oficialmente el deber del gobierno no sólo de proteger la propiedad de los pueblos indígenas, sino también de cumplir con su obligación de demarcación de las tierras.

El artículo 231 define la tierra como indispensable para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y para su reproducción física y cultural, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones. El apartado 2 establece que estas tierras están destinadas a la posesión permanente de los pueblos indígenas y que éstos tendrán “su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas”. Además, el párrafo 4 establece que las tierras contempladas en este artículo son inalienables y sus derechos no están sujetos a limitación. Una mayor evidencia de que el gobierno tuvo la intención de dar a estos derechos fuerza obligatoria fue la adición del artículo 232, que otorga a los pueblos y organizaciones indígenas la posibilidad de ser partes en juicio en demandas para defender sus derechos e intereses y garantiza la participación del Ministerio Público como autoridad para intervenir en su nombre.

b. *La Fundación Nacional Indígena (FUNAI)*

La Fundación Nacional Indígena (FUNAI) fue creada para aplicar las políticas relativas a los asuntos indígenas, en cumplimiento de la Constitución de 1988¹¹². Las responsabilidades de la Fundación incluyen la protección de las tierras indígenas frente a la intrusión ilegal por parte de actores tales como mineros, ganaderos y madereros. La FUNAI también es responsable del desarrollo de programas para promover los intereses indígenas y es el único organismo gubernamental en el mundo dedicado a la protección de los pueblos indígenas que viven en aislamiento¹¹³.

De las funciones encomendadas a la FUNAI, la demarcación y protección de las tierras es fundamental. La FUNAI comienza el proceso de demarcación identificando el área mediante un estudio detallado y multidisciplinario con participación de los grupos indígenas. El estudio toma en cuenta los patrones históricos de uso de la tierra, así como las necesidades actuales y

¹¹² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 16.

¹¹³ Ver: www.survivalinternational.org/tribes/brazilian

futuras de los pueblos indígenas para su supervivencia física y cultural, de conformidad con las protecciones y los derechos reconocidos en la Constitución de 1988¹¹⁴. El proceso de demarcación es supervisado por el Ministerio de Justicia, que resuelve los reclamos de los competidores o las impugnaciones realizadas en el proceso de demarcación¹¹⁵. Los ocupantes no indígenas tienen que ser reubicados y compensados por las mejoras hechas por ellos de buena fe¹¹⁶. Antes de finalizar el proceso, los ocupantes no indígenas pueden impugnar la demarcación y el importe de la indemnización¹¹⁷.

El mencionado proceso es una demostración del compromiso de Brasil con los derechos y garantías consagrados en la Constitución de 1988. Según el Relator Especial de la ONU sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, la FUNAI ha hecho “un trabajo ejemplar [...] en el desarrollo y ejecución de una metodología para identificar y demarcar tierras indígenas, y ha contribuido con el avance en las prestaciones sociales para las comunidades indígenas”¹¹⁸. Un ejemplo de este éxito es el caso Raposa Serra do Sol.

c. *El caso Raposa Serra do Sol*

La reserva de Raposa Serra do Sol abarca un área en el norte de Brasil en el Estado de Roraima, que alberga cerca de 20.000 pueblos indígenas. Un decreto presidencial publicado en 2005 dirigió la demarcación de la tierra¹¹⁹. Este decreto presidencial fue el resultado de 30 valiosos años de lucha de los pueblos indígenas por el reclamo de sus tierras, que habían sido tomadas por los agricultores¹²⁰. En 1996, un grupo numeroso de agricultores de arroz invadió la zona y trajo grandes cantidades de pesticidas que se derramaron en los ríos y arroyos utilizados por los pueblos indígenas¹²¹. A pesar del decreto de 2005, la tierra aún estaba ocupada por estos agricultores, quienes se negaban a marcharse.

Los agricultores no sólo se negaron a retirarse sino que además incitaron a actos de violencia contra los pueblos indígenas. Apoyados por el Estado de Roraima, los productores solicitaron un interdicto contra su expulsión e impugnaron la demarcación y el reconocimiento del territorio Raposa Serra do Sol, como un todo contiguo¹²². Los agricultores también buscaron cambiar los límites del territorio para poder permanecer allí¹²³. Los militares brasileños también se

¹¹⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 41.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 42.

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ *Ídem*.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 17.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 31.

¹²⁰ Ver: www.survivalinternational.org/tribes/brazilian

¹²¹ *Ídem*.

¹²² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 33.

¹²³ Ver: www.survivalinternational.org/tribes/brazilian

opusieron al reconocimiento del territorio indígena, argumentando que el área es cercana a las fronteras del país, lo cual implica preocupaciones concernientes a la seguridad nacional¹²⁴.

A pesar del respaldo y el apoyo del Estado de Roraima y de los militares brasileños a los agricultores, el Tribunal Federal Supremo dictó una sentencia definitiva el 19 de marzo de 2009, en la que afirma que Raposa Serra do Sol es un territorio contiguo. Esta decisión fue vista como un hito para el desarrollo de los derechos sobre las tierras indígenas. Este fallo protege una de las mayores áreas indígenas del mundo¹²⁵. El fallo también establece un importante precedente para otros casos. El Presidente del Tribunal Supremo manifestó que “los fundamentos que hemos establecido en este caso, las condiciones y procedimientos, servirán de guía para otros conflictos; estamos poniendo fin a los problemas relacionados con casos similares”, con la esperanza de que otros grupos indígenas en el Brasil puedan obtener victorias similares¹²⁶.

d. Desarrollo legal e institucional reciente

La Constitución de 1988 no es el único instrumento que regula los derechos indígenas en Brasil. El Estatuto del Indio de 1973 también se ocupa de los derechos indígenas. En el momento de su adopción se consideró progresista, pero ahora se considera obsoleto¹²⁷. Si bien las leyes se han ajustado para cumplir con las normas establecidas en la Constitución de 1988, los esfuerzos para mejorar aún más las disposiciones contenidas en el Estatuto de 1973 han sido infructuosos¹²⁸. Ha habido debates continuos en el Congreso para reformar la ley y parece que los legisladores podrían estar en condiciones de hacer algo más que debatir, como ocurrió en agosto de 2009.

La Comisión Nacional de Política Indigenista (CNPI) fue creada en 2006 y está compuesta por representantes de organismos gubernamentales, organizaciones indígenas y otras organizaciones de la sociedad civil¹²⁹. El Relator Especial señaló en su informe de 2009 sobre Brasil que la CNPI “es una iniciativa bien recibida para garantizar una mayor participación indígena en el proceso de definición de los programas y más acorde con las aspiraciones de los pueblos indígenas”¹³⁰. La CNPI ha colaborado con el proyecto de ley más reciente, que ahora se encuentra en el calendario propuesto para el debate en el Congreso¹³¹. El proyecto también fue aprobado por más de 1.000 líderes indígenas¹³².

¹²⁴ *Ídem*.

¹²⁵ Ver: www.unhcr.org/refworld/topic,463af2212,49749a152,4a66d9be41,0.html

¹²⁶ Ver: www.survivalinternational.org/tribes/brazilian

¹²⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 14.

¹²⁸ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 14.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 18.

¹³⁰ *Ídem*.

¹³¹ Ver: www.brazzilmag.com/content/view/11094/1/

¹³² *Ídem*.

Otro hecho positivo consiste en que el Presidente estableció en 2007 la Agenda Social para los Pueblos Indígenas. Esta campaña comprende tres programas; el primero de ellos se refiere a la protección de las tierras indígenas. Este programa incluyó la demarcación de los 127 territorios indígenas, la indemnización y el reasentamiento de 9.000 familias de trabajadores rurales que han ocupado esas tierras, la recuperación de 10.000 hectáreas de áreas degradadas y la consolidación de once puestos de avanzada para la protección de los pueblos indígenas aislados.

3. Conclusiones

Aunque Brasil ha sido aplaudido por avanzar más que otras naciones con respecto a los derechos de sus poblaciones indígenas, no está exento de críticas. Por ejemplo, la FUNAI ha sido criticada por asumir una actitud paternalista hacia los pueblos indígenas y no hacer lo suficiente para promover la autodeterminación indígena¹³³. Los esfuerzos de la FUNAI también se han visto obstaculizados por la falta de fondos y de personal calificado para cumplir con sus responsabilidades¹³⁴. A pesar de las críticas lanzadas contra ella, la FUNAI es reconocida por el Relator Especial por haber hecho “un trabajo ejemplar en varias áreas”¹³⁵.

Un revés para el progreso de los derechos indígenas proviene del caso que estableció el área protegida indígena más larga del mundo. En el caso Raposa Serra do Sol, la Corte Suprema no sólo confirmó la demarcación del territorio sino que también estableció condiciones que limitan los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estas condiciones permiten el acceso de los militares al territorio para proteger las fronteras nacionales y el establecimiento de hospitales, escuelas y otra infraestructura de prestación de servicios¹³⁶. Aunque este caso fue una gran victoria para los pueblos indígenas, también demuestra que el progreso de los derechos indígenas es lento.

A pesar de algunos reveses, Brasil es ejemplo de un país en el que se ha trabajado con firmeza en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra. El poder judicial ha sentado un importante precedente para la protección de estos derechos, las instituciones nacionales han dado pasos importantes y el Estado ha asumido compromisos internacionales que expresan su deseo de ajustarse a las normas jurídicas internacionales. Por ejemplo, Brasil ha ratificado el Convenio 169 de la OIT y votó a favor de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹³⁷. Todos estos esfuerzos combinados demuestran el compromiso de Brasil con su población indígena y constituyen un ejemplo de lo que otras naciones deberían esforzarse por lograr.

¹³³ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 17.

¹³⁴ *Ídem*.

¹³⁵ *Ídem*.

¹³⁶ Ver: www.unhcr.org/refworld/country,,MARP,,BRA,4562d94e2,469f3a5fc,0.html

¹³⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Brasil*, Cit., párr. 20.

D. Ecuador

Ecuador ofrece otro ejemplo de un país que lucha por reconocer plenamente los derechos indígenas sobre la tierra. Esta lucha cobró impulso en 1998 cuando la Constitución reconoció al Estado como una entidad pluricultural y multiétnica¹³⁸. La Constitución reconoció una serie de derechos colectivos a los pueblos indígenas en los artículos 83 y 84 y también estableció diversos órganos políticos y administrativos para facilitar la aplicación de estos derechos¹³⁹. Además, se han aprobado leyes y decretos ejecutivos para ayudar en la realización de los derechos constitucionales¹⁴⁰. La Constitución de 1998 reconoció varios derechos fundamentales de los pueblos indígenas y Ecuador ha ratificado varios tratados de derechos humanos. Los derechos humanos reconocidos pueden reclamarse directamente ante cualquier tribunal nacional, aún cuando no existan leyes que regulen su ejercicio¹⁴¹. Los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por Ecuador prevalecen sobre la legislación nacional y las normas internas¹⁴².

1. Desarrollo legal y reforma

a. Organizaciones indígenas

Un motivo por el cual fue posible la evolución de los derechos indígenas en Ecuador es el esfuerzo organizativo y político de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE). La CONAIE se constituyó en 1986 luego de que dos organizaciones se unieron¹⁴³. El objetivo principal de la CONAIE es dar a los pueblos indígenas voz política y presionar al gobierno por el derecho a más tierras¹⁴⁴. El partido político Pachacutec es asociado con la CONAIE. Aunque el partido ha tenido un éxito relativo en los últimos años, el partido y la CONAIE se consideran organizaciones de gran alcance para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

Hay otras organizaciones indígenas, incluida la Comisión de los Pueblos Indígenas, constituida en el Congreso Nacional. Esta organización contribuyó a facilitar la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1989¹⁴⁵. Sin embargo, a pesar de la ratificación, han existido debates sobre si las disposiciones del tratado se han cumplido adecuadamente en el Ecuador.

¹³⁸ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Doc. A/HRC/4/32/Add.2, diciembre 28 de 2006, párr. 10.

¹³⁹ *Ídem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 11.

¹⁴¹ María Dolores Mino, *La estructura básica del sistema jurídico ecuatoriano y de la investigación jurídica*, 2007, disponible en: www.nyulawglobal.org/globalex/ecuador.htm

¹⁴² *Ídem*.

¹⁴³ Miguel Iniguez, *Estableciendo inclinaciones insurreccionales entre los pueblos indígenas de Ecuador*, 2001, pág. 44, disponible en www.stormingmedia.us/13/1374/A137404.html

¹⁴⁴ Ver: conaie.nativeweb.org/brochure.html

¹⁴⁵ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit, pág. 15.

b. Economía

Ecuador es un país cuya economía depende en gran medida de la extracción de petróleo¹⁴⁶. Las reservas de petróleo se encuentran principalmente en la región amazónica¹⁴⁷. El Amazonas fue dividido en “bloques” y se han otorgado concesiones a varias empresas transnacionales¹⁴⁸. Si bien los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de las tierras, se reserva la propiedad de los recursos del subsuelo al Estado, lo que corresponde a una práctica común en América del Sur¹⁴⁹. Esta “dicotomía del suelo” ha creado conflictos que en algunos casos aún no se han resuelto¹⁵⁰.

c. Conflictos entre las empresas petroleras, el Estado y las poblaciones indígenas

Uno de los conflictos sobre la “dicotomía del suelo” es el ocurrido en 1998 con las concesiones de Ecuador a la Atlantic Richfield Company (ARCO) en el Lote 24. El pueblo Shuar de la Federación Independiente de Ecuador (FIPSE) vive en esta área. El contrato entre el gobierno de Ecuador y la ARCO se firmó sin el conocimiento de la FIPSE. Una vez descubierta esta concesión, la FIPSE realizó una asamblea y decidió no permitir “ninguna negociación individual entre la empresa y las comunidades, sin la autorización de la Asamblea, dado que la Asamblea es la máxima autoridad de las comunidades”¹⁵¹. Esta declaración de la FIPSE requirió a la empresa petrolera negociar a través de la organización, requisito con el que la empresa petrolera no estaba de acuerdo.

ARCO ignoró el reclamo de la FIPSE e intentó varias negociaciones con grupos pequeños y familias y ofreció “regalos” de agua potable y centros de salud. La FIPSE, en respuesta, recurrió a la Constitución de 1998, así como al recientemente ratificado Convenio 169¹⁵². La FIPSE presentó un recurso constitucional para protegerse jurídicamente contra la ARCO, argumentando que la empresa violó disposiciones del artículo 84 de la Constitución de 1998, mediante la realización de negociaciones individuales con los miembros de la comunidad Shuar. El juez provincial otorgó un recurso judicial contra las prácticas de ARCO. La decisión del juez provincial fue considerada histórica y, posteriormente, fue respaldada por el Tribunal Constitucional del Ecuador, en abril de 2000¹⁵³. Sin embargo, a pesar de la decisión del Tribunal, ARCO hizo

¹⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 18.

¹⁴⁷ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, disponible en www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos4/ing/artigo_figueroa.htm.

¹⁴⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 18.

¹⁴⁹ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, pág. 3, disponible en www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos4/ing/artigo_figueroa.htm

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 4.

¹⁵¹ *Ídem*.

¹⁵² Leo B. Gorman, *Indígenas Shuar y Achuar le dicen “NO” a la compañía petrolera Burlington*, 2002, disponible en http://74.125.95.132/search?q=cache:NIC_IFAiTicJ:https://segueuserfiles.middlebury.edu/span0210e-f07/Burlington%2520Oil%2520Company.doc+Leo+B+Gorman+Ecuadorian+Shuar+and+Achuar+Indians+Say+%22NO%22+to+Burlington+Oil+Company&cd=1&chl=en&ct=clnk&gl=us

¹⁵³ *Ídem*.

caso omiso y continuó sus prácticas. Posteriormente, la FIPSE recurrió a la OIT y presentó una demanda contra Ecuador por violación del Convenio 169. La OIT emitió entonces una serie de recomendaciones para que Ecuador garantizara la protección de los derechos de la FIPSE¹⁵⁴.

Las decisiones del Tribunal Constitucional, junto con las recomendaciones de la OIT, se consideran como victorias para los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Desafortunadamente, esta lucha continúa y la empresa ARCO vendió su participación a la empresa Burlington. A pesar de que las sentencias judiciales son extensivas a Burlington, la FIPSE continúa su lucha por los derechos sobre sus tierras ya que el contrato entre Ecuador y Burlington sigue vigente.

Otro ejemplo de las tensiones que existen entre el Estado, las compañías petroleras y los pueblos indígenas es el caso del pueblo Sarayaku. En 1992 las tierras del pueblo Sarayaku fueron reconocidas por Ecuador. Sin embargo, y a pesar de este reconocimiento, cuatro años después el Estado otorgó concesiones a una compañía petrolera de Argentina para explotar estas tierras¹⁵⁵. Debido a retrasos causados por las ventas y las compras entre compañías, la petrolera, hasta el año 2002 no participó en las negociaciones con el pueblo Sarayaku¹⁵⁶. Para entonces, la Constitución de 1998 se había adoptado, el Convenio 169 de la OIT había sido ratificado y la disputa entre la FIPSE y ARCO era bien conocida. A pesar de todo, la empresa petrolera utilizó las mismas tácticas empleadas por ARCO y ofreció dinero y pequeños proyectos de desarrollo con el fin de obtener el consentimiento del pueblo Sarayaku¹⁵⁷. El pueblo Sarayaku siguió la misma estrategia de la FIPSE y solicitó un recurso para las negociaciones individuales.

Cuando todos los recursos de la jurisdicción interna se agotaron, Sarayaku presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En la denuncia se alega que el contrato entre Ecuador y la compañía petrolera se firmó sin la consulta ni el consentimiento previo de los Sarayaku, lo cual viola el Convenio N° 169¹⁵⁸. Durante el trámite del caso el pueblo Sarayaku solicitó medidas cautelares a la CIDH, que ordenó al Estado de Ecuador adoptar medidas de protección en favor del pueblo Sarayaku. Dado que las medidas no se cumplieron, el asunto se remitió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordenó al Estado adoptar medidas provisionales para proteger a los miembros de la comunidad Sarayaku¹⁵⁹. En el año 2006 se celebró una audiencia ante la CIDH y los representantes del Estado propusieron un acuerdo con la comunidad Sarayaku, que rechazó la propuesta, en espera de la decisión de fondo de la Comisión¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Isabela Figueroa, *Pueblos indígenas contra empresas petroleras: control constitucional en medio de la resistencia*, Cit., pág. 5.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pág. 6.

¹⁵⁶ *Ídem*.

¹⁵⁷ *Ídem*.

¹⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Cit., pág. 19.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 21.

2. Desarrollos recientes

Los casos anteriores demuestran la complejidad de las relaciones entre el Ecuador y sus poblaciones indígenas. Por un lado, el Estado se comprometió con estas poblaciones, mediante la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la adopción de la Constitución de 1998, pero, por otra parte, el petróleo es central en la lucha por la viabilidad de la economía del país, considerado uno de los más pobres de América del Sur. Con la reserva de derechos sobre el subsuelo para el Estado, Ecuador ha sido capaz de seguir exportando petróleo para mantener la economía en funcionamiento. Sin embargo, las obligaciones del Estado bajo el Convenio 169 aún existen. En respuesta al conflicto entre la FIPSE y el Estado, la Comisión Tripartita de la OIT señaló que:

[L]a legislación nacional de muchos países establece que los derechos a los recursos del subsuelo son parte del patrimonio del Estado. La Convención reconoce este principio jurídico, pero también “establece la obligación a la hora de administrar estos recursos: la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales, que podrían ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos subterráneos situados en los territorios indígenas¹⁶¹.

El Comité de la OIT reconoce también la difícil situación de Ecuador en este tema, en lo que respecta a sus intereses económicos y en cuanto a los aspectos culturales, espirituales, sociales y económicos de sus poblaciones indígenas¹⁶². La clave para el Ecuador es encontrar un equilibrio entre los intereses en conflicto.

Un paso positivo hacia la consecución de este equilibrio ha sido la reciente aprobación de una nueva Constitución en el año 2008. El artículo 57 establece que los derechos colectivos se reconocen y se garantizan a las comunidades indígenas, de conformidad con la Constitución y los tratados, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Se ampliaron los derechos y las protecciones anteriormente detallados en el artículo 84 y se extendió a las poblaciones indígenas el derecho a ser consultadas sobre los planes relacionados con los programas de exploración y explotación de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y los que puedan ir en detrimento del medio ambiente¹⁶³. El apartado 7 del artículo 57 consagra en favor de las comunidades indígenas el derecho colectivo a:

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

¹⁶¹ Birgitte Feiring, *Programa para promover el Convenio 169 de la OIT—Departamento de Estándares Internacionales del Trabajo*, 2009, pág. 10, disponible en www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/lang—en/docName—WCMS_106474/index.htm.

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ Ver: www.rightsandresources.org/blog.php?id=358.

recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

El artículo 57 establece, además, que “[l]a 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”.

Esta nueva Constitución demuestra los intentos de Ecuador de hacer realidad los compromisos que ha contraído en materia de derechos de los pueblos indígenas a la tierra y, además, incluye una disposición relativa a las comunidades que viven en aislamiento voluntario. El apartado 21 del artículo 57 expresa sobre dichas comunidades:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

3. Conclusiones

La Constitución también es un reconocimiento de los problemas que Ecuador ha encontrado cuando la falta de respeto de los derechos indígenas resulta en disputas contenciosas entre los objetivos del Estado de mantener una economía fuerte y el objetivo de sus poblaciones indígenas de autodeterminación. Aunque Ecuador está luchando para alcanzar este equilibrio, poco a poco se están dando pasos hacia el logro de los dos objetivos.

CAPÍTULO II

ESTADO ACTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo analiza el estado actual del derecho a la consulta en el Perú. En la primera parte se hará una referencia tanto a la normativa peruana sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas como a los conflictos sociales existentes en torno a estas normas. Posteriormente se analizan las opciones y reacciones de diversas instituciones respecto de los conflictos sociales relacionados con el derecho a la consulta previa. Se hará referencia, en primer lugar, a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), luego a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, finalmente, a las iniciativas legislativas y a las políticas públicas desarrolladas por la Defensoría del Pueblo, el Congreso y la Presidencia del Consejo de Ministros.

II. LA NORMATIVA PERUANA SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

A. El Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano

La dispersa normativa peruana que directa o indirectamente ha abordado el tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo ha hecho en forma inadecuada e insuficiente y no ha seguido los principios señalados por el Convenio 169 de la OIT, el cual forma parte del ordenamiento jurídico peruano.

El Convenio 169 consagra en su artículo 6° el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la adopción de decisiones respecto de políticas y programas que les conciernan. Menciona, además, que los Estados deben establecer los medios idóneos para ello y que las consultas tienen la finalidad de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento¹⁶⁴. Para el caso específico de

¹⁶⁴ **Convenio 169, artículo 6**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) 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;
 - 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 responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

explotación de recursos naturales, el artículo 15 señala que deben establecerse procedimientos de consulta a fin de determinar si los intereses de estos pueblos serían perjudicados¹⁶⁵. Una lectura conjunta de ambos artículos permite concluir que para el caso de los recursos naturales, la finalidad de la consulta es buscar el acuerdo o el consentimiento.

El Convenio 169 fue promulgado mediante Resolución Legislativa No 26253 de 2 de diciembre de 1993 y ratificado el 2 de febrero de 1994; entró en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995. A pesar de ello, los distintos gobiernos peruanos han avanzado poco para adecuar la normativa interna a lo que el Convenio dispone. Ante la falta de normas que implementen en el derecho interno convenios internacionales como el 169, la cultura legalista y formalista de los operadores del sistema de justicia, en particular, y de los funcionarios públicos, en general, ha conducido a la inaplicación del Convenio, lo que, a su vez, ha implicado el desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, el derecho a la consulta previa. Si bien sería ideal contar con una normativa interna plenamente adecuada al Convenio 169, su ausencia no es razón suficiente para no aplicar directamente el contenido del Convenio, que, por demás, es parte de la legislación interna peruana desde 1993.

En el siguiente cuadro podemos observar las distintas normas que han abordado el derecho a la consulta:

Norma	Fecha	Resumen
Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH	21/06/2000	Aprueba directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas
Decreto Supremo N° 038-2001-AG	22/06/2001	Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas
Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM	20/12/2002	Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas
Decreto Supremo N° 042-2003-EM	12/12/2003	Establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias
Ley N° 28611	13/10/2005	Ley General del Ambiente
Decreto Supremo N° 012-2008-EM	20/02/2008	Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos
Decreto Supremo N° 028-2008-EM	26/06/2008	Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero
Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM	26/06/2008	Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero

2. 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.

¹⁶⁵ **Convenio 169, artículo 15**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

B. Las deficiencias de las primeras normas

Aunque el Convenio 169 fue promulgado en 1993, durante la década de los noventa no se emitieron normas que desarrollaran el derecho a la consulta. El Poder Ejecutivo, en la siguiente década, adoptó las primeras disposiciones, en las que se observan deficiencias tales como la falta de un correcto desarrollo del concepto de consulta previa contenido en el Convenio 169 o la falta de mecanismos para hacer efectivo este derecho, en la medida que muchas de esas normas son eminentemente declarativas.

Por ejemplo, la Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH que aprueba la Directiva 012-2000-PROMUDEH/SETAI, expedida por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos, pero no establece ningún mecanismo para hacer valer dicho derecho. Además, esta primera norma se adoptó para un sector en el que no se presentaban mayores conflictos en torno al derecho a la consulta.

Del mismo modo, el reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG, del 22 de junio de 2001, dictado por el Ministerio de Agricultura, establece en su artículo 43° que para la categorización o establecimiento de un área protegida deben realizarse procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Convenio 169. En este sector tampoco existen controversias mayores.

Una primera norma adoptada en el sector minero la encontramos en el año 2003, con el Decreto Supremo 042-2003-EM, del Ministerio de Energía y Minas. Este decreto estableció que para desarrollar actividades mineras se requería una declaración jurada que, entre otros puntos, estableciera el compromiso previo de las empresas mineras de respetar las instituciones, autoridades, culturas y costumbres de las localidades donde operaran. Se trata de una norma declarativa en la medida en que no establece mayores consecuencias o responsabilidades en cabeza de las autoridades con el fin de controlar el cumplimiento de dicha declaración.

Cabe mencionar que en estas normas no se encuentra mayor énfasis en los estudios de impacto ambiental y social. Sólo el Decreto Supremo 038-2001-AG y el Decreto Supremo 042-2003-EM mencionan este punto. En ambos casos, la elaboración de la evaluación del impacto ambiental queda en manos de la empresa interesada en realizar alguna actividad. Además, solamente el Decreto Supremo 038-2001-AG señala que el Estado tiene la obligación de lograr la mayor participación de la población en los beneficios que genere el desarrollo de actividades turísticas y recreativas.

Lo anteriormente dicho demuestra que las mencionadas normas no concuerdan con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado que los estudios de impacto ambiental deben ser realizados por entidades imparciales y que los pueblos indígenas deben participar de los beneficios derivados de las actividades que se realicen en sus tierras.

C. Normas con rango de ley

A mediados de esta década se pudo contar finalmente con una normatividad que tuviera rango de ley. Como observaremos, profundiza en el tema del derecho a la consulta (ya no es una mera mención declarativa), pero no termina de estar acorde con lo que señala el Convenio 169, debido a que hay resistencia a que la consulta se realice de manera previa al otorgamiento de las concesiones.

Una de las normas más relevantes respecto del derecho a la consulta de los pueblos indígenas es la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, publicada el 13 de octubre de 2005. Esta norma contiene disposiciones referidas de forma general a los derechos de los pueblos indígenas, y de forma particular, al derecho a la consulta. Sin embargo, la regulación es superficial; menciona el concepto de consulta pero no profundiza en él ni lo desarrolla de conformidad con el Convenio 169.

Esta ley señala en su artículo 69 que “las autoridades públicas alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales fines”. En el siguiente artículo se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas: “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 reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado”.

Del derecho a la consulta se ocupa el artículo 72¹⁶⁶, el cual establece que, en caso de desarrollo de proyectos en las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, la consulta se orienta “preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda” (inciso 2). A pesar de que con esta disposición se puede trascender el carácter meramente informativo

¹⁶⁶ **Ley General del Ambiente, Ley 28611, artículo 72°.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas**

72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.

72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

72.3 De conformidad con la ley, los pueblos indígenas y las comunidades nativas y campesinas, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

de los mecanismos de participación establecidos en las normas del sector minero, esta ley no establece que la consulta debe ser previa a la concesión y no posterior, punto que es clave en este tema.

Así mismo, el inciso 3° otorga a los pueblos indígenas tan solo los derechos de libre acceso “para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales” –sin garantizar que estas zonas no estén contaminadas por el proyecto minero– y un derecho de preferencia para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras sólo en el caso en que no exista reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros. Por lo tanto, este artículo otorga un acceso preferente a los recursos sólo en forma aparente, pues en realidad la excepción a favor del Estado es general y ya viene establecida en la Constitución Política, cuyo artículo 66° establece que “[l]os recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”.

Asimismo, debemos señalar que esta ley tampoco asegura que las evaluaciones de impacto ambiental se encarguen a instituciones imparciales; aquellas se realizan en el ámbito de las empresas privadas y bajo supervisión del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 24)¹⁶⁷.

Finalmente, esta ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus tierras, de acuerdo con las normas especiales en cada materia (artículos 72.2 y 72.3).

D. Nuevas normas adoptadas por el Poder Ejecutivo a fines de la década de 2000

En los últimos años, desde el 2008, el Poder Ejecutivo emitió diversas normas que buscaban regular el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. A diferencia de las primeras disposiciones, de inicios de esta década, en las recientes se regulan los mecanismos de participación ciudadana y de consulta a los pueblos indígenas, pero se hace todavía con un carácter muy limitado, pues, en un primer momento, se fijó la ejecución de dichos mecanismos con posterioridad al otorgamiento de las concesiones, y en una etapa reciente, se estableció el uso de estos mecanismos de manera previa, lo cual le otorga a estas normas un carácter de procedimientos meramente informativos.

Para analizar esta serie de normas, debemos primero considerar una de sus antecesoras directas, que se adoptó a principios de esta década, y que cuenta con las características de las normas expedidas en ese período. Nos referimos a la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM (posteriormente derogada por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM), que aprobó el reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector de energía y minas, publicado el 20 de diciembre de 2002. Este reglamento

¹⁶⁷ De acuerdo con el artículo 7, inciso f) del Decreto Legislativo 1013 de mayo de 2008, es función del Ministerio del Ambiente: “Dirigir el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el Sistema Nacional de Información Ambiental”.

definía la consulta como “un proceso de información y diálogo entre el titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto”.

En la misma línea de asignar un carácter meramente informativo a la consulta previa, el artículo 3 establecía que “a través de los procedimientos de consulta, el Titular, la Autoridad Regional y/o la DGAA (Dirección General de Asuntos Ambientales), cuando corresponda, deberá informar y dialogar con personas naturales y/o organizaciones sociales, sobre todos los aspectos relevantes del proyecto minero o energético a ser ejecutado”.

Los mecanismos de participación consagrados en el mencionado reglamento eran básicamente la consulta “previa” (definida en un sentido meramente informativo, como hemos señalado) y la “audiencia pública”. La primera se refería a talleres informativos que debían ser realizados “con anterioridad al inicio de los Estudios Ambientales y en las zonas de influencia del proyecto”, mientras que el segundo mecanismo aludía a la presentación de Estudios de Impacto Ambiental a la población y a la recepción de observaciones por parte de ésta última. Cabe aclarar que si bien la consulta debía realizarse antes del estudio ambiental, estos estudios se hacen con posterioridad a la concesión de las licencias de explotación, de manera que no se regulaba una consulta previa en el sentido del Convenio 169 de la OIT.

Como puede observarse, esta norma contaba con mecanismos eminentemente informativos que no correspondían a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

Posteriormente, la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM fue derogada por el Decreto Supremo 028-2008-EM que establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008. Este reglamento es una norma contradictoria pues, como veremos posteriormente, hace referencias claras al Convenio 169, pero establece mecanismos inconsecuentes, que no implican un desarrollo del Convenio.

En efecto, este reglamento menciona expresamente el Convenio 169, en el artículo 4°, en el que señala que el derecho a la consulta que se establece en sus disposiciones se implementa a través del reglamento. Se hace referencia, además, al principio de buena fe en la consulta y a la finalidad de la misma, que se centra en “conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados”¹⁶⁸. Así mismo,

¹⁶⁸ **Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas (Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM), artículo 4.- De la consulta**

El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una

la norma contempla una serie de derechos y principios como el derecho a la participación, el derecho al acceso a la información, el principio de respeto a la diversidad cultural, el principio de no discriminación, el principio de vigilancia ciudadana y el principio de diálogo continuo. Establece, además, una serie de mecanismos de participación que podría aplicar la autoridad competente, según considere apropiado en cada caso¹⁶⁹.

De esta forma, la norma aparentemente es concordante con los fines del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, se contradice posteriormente al establecer que el primer momento en que se ejerce la participación ciudadana es la etapa posterior al otorgamiento de la concesión minera. Y la consulta que establece no sólo es posterior a la concesión, sino que además la obligación de la autoridad estatal en este punto es apenas informativa. En efecto, el primer capítulo de la norma (titulado literalmente “Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera”) señala la obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar:

[A]cerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera.

Como puede verse, a pesar de que este reglamento cita, en forma general y abstracta, diversos derechos contenidos en el Convenio 169, al establecer los mecanismos para concretarlos limita sustancialmente estos derechos porque restringe la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas a una participación meramente informativa y con posterioridad a la concesión. De esta forma, el decreto en cuestión contradice el artículo 6° del Convenio 169, el cual señala que la consulta debe realizarse “cada vez que se prevean” medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas, es decir que las consultas deben ser necesariamente previas.

manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida.

¹⁶⁹ **Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub-Sector Minero (DS 028-2008-EM), artículo 6.- Mecanismos de participación ciudadana**

La autoridad competente determinará los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulten apropiados, de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud, de la población involucrada, la situación del entorno y otros aspectos relevantes. Los mecanismos de participación ciudadana que podrán emplearse son: facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales; publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales; realización de encuestas, entrevistas o grupos focales; distribución de materiales informativos; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; monitoreo y vigilancia ambiental participativo; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana.

Igualmente, el 26 de junio de 2008 entró en vigencia el Decreto Supremo 028-2008-EM, a través de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, que regula el proceso de participación ciudadana en el sub sector minero. Esta resolución desarrolla los mecanismos de participación enumerados en el decreto supremo 028-2008-EM. La norma sitúa nuevamente la participación en momentos posteriores al otorgamiento de la concesión. Desarrolla mecanismos eminentemente informativos, con la peculiaridad de establecer que las observaciones, aportes o comentarios de la población deben ser considerados por la autoridad competente en la elaboración de sus informes de evaluación. Este último hecho, aunque positivo, es insuficiente y no constituye una manifestación del derecho a la consulta, tal como lo establece el Convenio 169.

En el año 2008 también se promulgó el Decreto Supremo 12-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, publicado el 20 de febrero de 2008. Esta norma corrigió que la consulta se realizara después de la concesión, al establecer que ésta busca determinar si podrían afectarse los intereses de las poblaciones que habiten en las zonas de influencia de los proyectos de hidrocarburos a efectos de que “antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas” (artículo 2.1 del título preliminar).

Sin embargo, la orientación de la participación ciudadana, incluida la consulta a los pueblos indígenas, tiene apenas un carácter informativo y de recepción de opiniones y aportes, pues no se orienta a buscar acuerdos o consentimientos, como establece el Convenio 169. En efecto, el artículo 2.2 del título preliminar señala que el proceso de consulta está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto.

Por otro lado, debemos mencionar que las cuatro normas reseñadas establecen que los estudios de impacto ambiental son realizados por las propias empresas que buscan explotar los recursos naturales. Esto no es compatible con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispuso que los estudios de impacto ambiental y social deben ser realizados por entidades imparciales. Finalmente, se debe mencionar que sólo el decreto supremo 028-2008-EM hace referencia, remitiéndose a la Ley General del Ambiente (artículo 72.2), a que en el caso de proyectos a realizarse en las tierras de las poblaciones indígenas, el procedimiento de participación ciudadana debe buscar establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación sobre la materia. Puede notarse que esta remisión normativa es genérica y abierta y deja en el aire el derecho a participar de los beneficios por la explotación de los recursos naturales, debido a que ya no existen más normas por invocar.

E. Características básicas de las normas peruanas

Puede concluirse entonces que la normativa nacional interna es, cuando menos, insuficiente e inadecuada a la luz de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las primeras normas que abordaban este tema eran deficientes y apenas tenían un carácter declarativo. Posteriormente, hemos contado con disposiciones que regulaban un proceso de consulta realizado de manera posterior a cualquier concesión minera o de hidrocarburos, y que no es un verdadero proceso de consulta, dado su carácter meramente informativo. No obstante, en estas normas se observa una intención de reflejar los principios del Convenio 169, aunque desvirtuados, como hemos señalado.

Además, las distintas normas no han asegurado que los estudios de impacto ambiental deban ser realizados por entidades imparciales, sino que los dejan en manos de las propias empresas que explotarán los recursos naturales, bajo una posterior aprobación estatal. Adicionalmente, no se establece con claridad el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios económicos que resulten de la explotación de recursos naturales existentes en sus tierras.

Por otro lado, las normas se refieren sólo a supuestos de proyectos de explotación de recursos naturales y dejan de lado otros supuestos plausibles del procedimiento de consulta como la promulgación de decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre la misma, programas de educación o salud y, en general, cualquier política o decisión estatal que afecte a estos pueblos.

III. LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Como hemos visto, el orden normativo peruano no se ha desarrollado siguiendo cabalmente las disposiciones del Convenio 169 ni los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su aplicación ha sido todavía más lejana de estos estándares internacionales. Al no respetar adecuadamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas, se ha generado un contexto de alta conflictividad en el país. Es por ello que puede afirmarse que uno de los principales problemas del Perú, por su enorme impacto negativo, es la falta de cumplimiento de la obligación de consultar a los pueblos indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana.

A. La conflictividad social en el Perú

En el Perú existen muchos conflictos sociales que crean inestabilidad e inseguridad en el país. En razón de ello, la Defensoría del Pueblo creó la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Esta adjuntía elabora reportes de conflictos sociales¹⁷⁰ desde el año 2004; en el mes de septiembre de 2009 publicó su Reporte N° 67. Este documento informa

¹⁷⁰ Estos reportes son instrumentos de monitoreo de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo del Perú, que recogen la información proporcionada por los actores intervinientes en los conflictos sociales, por intermedio de 28 oficinas defensoriales y de 9 módulos de atención al público, complementados con otras fuentes.

sobre la existencia de 288 conflictos sociales, de los cuales 231 se encuentran activos (80%) y 57 en estado latente (20%)¹⁷¹.

De acuerdo con la tipología de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, en septiembre de 2009 el 47% de los conflictos corresponde a causas socio ambientales, el 13%, al cultivo de coca, el 1% se relaciona con causas electorales, el 3% se refiere a causas de demarcación territorial, el 4% corresponde a cuestiones comunales, el 13% tiene que ver con temas laborales, el 11% se desencadena por asuntos de gobierno nacional, el 2% se relaciona con asuntos de gobierno regional, el 17% se origina por asuntos de gobierno local y el 1% restante corresponde a otros conflictos.

Al analizar el detalle de los casos que reporta la Defensoría del Pueblo, podemos observar que el desconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se restringe a una categoría determinada, sino que es transversal a los distintos tipos de conflictos que se señalan. Es importante tomar en cuenta esto, pues los conflictos vinculados al derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se limitan a los conflictos socio ambientales que reporta la Defensoría del Pueblo (aunque son la mayoría de casos), y no en todos los conflictos dentro de esta categoría están involucrados pueblos indígenas.

Por ejemplo, en la categoría de conflictos por asuntos de gobierno nacional, se encuentra el caso de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y organizaciones indígenas amazónicas que demandan la derogatoria de los decretos legislativos 1020, 1064, 1080, 1090 alegando que atentan contra sus derechos contemplados en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. Aquí se aprecia de qué manera un asunto que no se encuentra dentro del tipo de conflictos socio ambientales sino que forma parte de los casos relacionados con asuntos del gobierno nacional tiene una relación directa con el derecho a la consulta, pues se trata de normas para cuya aprobación era indispensable realizar procesos de consulta¹⁷².

B. Conflictos vinculados a la falta de consulta previa

Conforme con lo expuesto, se han analizado todos los casos reportados por la Defensoría del Pueblo para determinar si los conflictos existentes en cada región del país tienen su origen en la falta de consulta.

En el cuadro siguiente se presenta el número de conflictos por región reportados por la Defensoría y se detalla la cantidad de conflictos activos y latentes¹⁷³ que cada uno tiene. Se han incorporado cuatro columnas que indican cuáles regiones cuentan con conflictos que involucran el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y cuáles no, tanto en estado activo como en estado latente.

¹⁷¹ Defensoría del Pueblo, *Reporte Mensual N° 67 Conflictos Sociales – Setiembre 2009*, pág. 1, disponible en www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php, consultada el 23 de octubre de 2009.

¹⁷² Sobre el problema de la falta de consulta en el caso de estos decretos, puede verse, Juan Carlos Ruiz Molleda, *¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado?*, Lima, Instituto de Defensa Legal, junio de 2009, disponible en www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf, consultada el 23 de octubre de 2009.

¹⁷³ Activos: existe un conflicto verificado. Latentes: existe la posibilidad de conflicto. Según la diferencia que señala la Defensoría del Pueblo.

CAPÍTULO II ESTADO ACTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PERÚ

Región	Número de conflictos			Falta de consulta previa			
	Activos	Latentes	Total	Conflictos Activos	Conflictos Latentes	Total	%
Amazonas	2	0	2	2	0	2	100
Ancash	13	1	14	3	2	5	36
Apurímac	9	0	9	5	0	5	56
Apurímac/ Cusco	1	0	1	1	0	1	100
Arequipa	7	1	8	4	1	5	63
Arequipa/ Cusco	2	0	2	1	0	1	50
Arequipa/ Puno	0	1	1	0	0	0	0
Ayacucho	10	6	16	3	4	7	44
Ayacucho/Arequipa	1	0	1	0	0	0	0
Ayacucho/Huancavelica	2	0	2	0	0	0	0
Cajamarca	16	5	21	9	2	11	53
Callao	2	0	2	0	0	0	0
Cusco	18	3	21	11	1	12	57
Cusco/Junín	1	0	1	0	0	0	0
Cusco/Madre de Dios/ Puno	2	0	2	2	0	2	100
Huancavelica	4	4	8	4	1	5	63
Huánuco	3	1	4	1	0	1	25
Ica	3	0	3	0	0	0	0
Ica/Lima	0	1	1	0	0	0	0
Junín	19	4	23	11	1	12	53
La libertad	7	2	9	3	1	4	44
Lambayeque	3	2	5	2	1	3	60
Lima	20	4	24	7	0	7	30
Loreto	10	0	10	5	0	5	50
Madre de Dios	1	2	3	1	0	1	33
Moquegua	6	2	8	4	0	4	50
Moquegua/ Puno	1	0	1	0	0	0	0
Moquegua/Tacna	0	1	1	0	0	0	0
Nacional	20	1	21	2	0	2	10
Pasco	4	5	9	3	2	5	56
Piura	15	2	17	6	1	7	42
Puno	19	5	24	8	1	9	38
San Martín	4	4	8	1	1	2	25
Tacna	6	0	6	5	0	5	83
TOTAL	231	57	288	107	19	126	44

Fuente: Defensoría del Pueblo

Elaboración: Instituto de Defensa Legal

Con base en lo anterior, podemos apreciar que el 44% de los conflictos activos y latentes corresponden a casos donde hay necesidad de consulta previa y que involucran a los pueblos indígenas en el Perú. Lo anterior nos muestra que respetando el derecho a la consulta se podría evitar el surgimiento de muchos conflictos sociales y resolver o mitigar otros tantos actualmente existentes en el país, con lo cual se contribuiría al desarrollo igualitario y equilibrado de la sociedad.

Nuestra legislación debe adoptar medidas necesarias para la aplicación práctica del derecho a la consulta. En este sentido, algunos autores han señalado que:

[L]os conflictos sociales indígenas que tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa, evidencian la necesidad de desarrollar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y mejor aún que la consagre como un requisito previo en la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de estos pueblos, ello es parte vital para arribar a una solución sostenible y democrática¹⁷⁴.

Asimismo, en este 44% de casos se observa que los procedimientos de consulta previa podrían haber evitado los conflictos o podrían haber sido la forma de llegar a una solución. Hay muchos reclamos específicos vinculados con la consulta, para los cuales este mecanismo resulta un medio adecuado. Hemos identificado los siguientes ejemplos más relevantes:

El temor a una posible contaminación podría solucionarse si al efectuar una consulta con el debido estudio de impacto ambiental previo, los resultados son informados a los pueblos indígenas que van a ser afectados, de manera que ellos puedan saber cuál será la contaminación real y cómo se piensa mitigar.

Se puede mencionar otro ejemplo: si se realiza la consulta previa es posible establecer acuerdos sobre qué medidas se van adoptar en caso de contaminación y deterioro del medio ambiente; igualmente, se pueden determinar las compensaciones económicas por la explotación y la afectación de los territorios y los daños a la salud, así como la distribución de los recursos naturales y la utilización de estos (e.g. el agua); de la misma manera, sería posible, en el contexto de una consulta, requerir a las empresas y al Estado que desarrollen proyectos sostenibles y que creen oportunidades de trabajo. En esta misma línea, los pueblos indígenas, mediante el mecanismo de la consulta y el diálogo que ella supone, pueden dar a conocer las razones por las que rechazan determinada actividad y expresar las consecuencias que les genera un determinado proyecto, en términos de afectación de sus tierras. De esta manera se podría crear un diálogo intercultural entre la comunidad, la empresa y el Estado.

¹⁷⁴ Henry Carhuatocto Sandoval, "Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, T. 18, junio de 2009, Gaceta Jurídica, pp. 121-133.

C. El conflicto en Bagua

Uno de los conflictos más graves relacionado con la falta de consulta fue el ocurrido en Bagua el 5 de junio de 2009, como consecuencia del cual fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas¹⁷⁵.

Este conflicto se originó por una serie de decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo en junio de 2008, en el marco de la política gubernamental de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Los decretos afectaban los derechos a las tierras de las comunidades amazónicas¹⁷⁶.

El principal problema jurídico de estos decretos consiste en que se omitió realizar la consulta antes de su aprobación:

[L]os referidos decretos legislativos adolecen de un vicio de nulidad sustancial, porque han sido expedidos violando el derecho a la consulta contenido en el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, tratado que ostenta rango constitucional. Así lo establece no solo la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, sino también el TC, máximo intérprete de la Carta Magna, como ha señalado en jurisprudencia consolidada y en una sentencia reciente¹⁷⁷.

La protesta de los pueblos indígenas amazónicos se inició el 9 de agosto de 2008, bajo la dirección de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP); después de una amplia protesta, el 22 de agosto el Pleno del Congreso aprobó la derogación de los decretos legislativos 1015 y 1073.

Debido a que las negociaciones de las instituciones indígenas no obtuvieron resultados, los pueblos amazónicos iniciaron una segunda jornada de movilización nacional el 9 de abril de 2009 y bloquearon diversas carreteras y vías fluviales hasta el 5 de junio.

Posteriormente, el 14 de mayo se cerraron las instancias de diálogo con los pueblos amazónicos, aunque al día siguiente AIDSESP volvió a tomar contacto con el gobierno y se acordó reanudar el diálogo el 20 de mayo. Paralelamente, en el Congreso de la República se discutía la derogación de los decretos legislativos 1090 y 1064, pero los debates fueron infructuosos.

El 5 de junio se inició un operativo policial destinado a desalojar a los manifestantes indígenas del tramo denominado “Curva del Diablo”, en la carretera Fernando Belaúnde Terry. Este operativo

¹⁷⁵ Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N°006-2009-DP/ADHPD, disponible en www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/informe-adjuntia-006-2009-DP-DHPD.pdf, consultado el 24 de octubre de 2009.

¹⁷⁶ Se trata de los decretos legislativos N° 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085.

¹⁷⁷ Juan Carlos Ruiz Molleda, *¿Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el Estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085*, Cit., pág. 40.

generó un enfrentamiento con los pueblos indígenas y las noticias extendieron la violencia hacia las zonas urbanas de Bagua y Bagua Grande, así como a la Estación N° 6 de Imazita. Estos hechos tuvieron como desenlace un alto costo en vidas humanas, como se señaló anteriormente.

IV. RECOMENDACIONES DE LA OIT AL ESTADO PERUANO SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Hemos visto hasta ahora cuál es el marco normativo del derecho a la consulta y el alto nivel de conflictividad que se deriva de la insuficiencia de las normas que lo regulan y de las deficiencias en su aplicación. En esta sección y en las siguientes veremos cuáles han sido las reacciones de las instituciones peruanas ante dicha situación; primero veremos las recomendaciones de la OIT al Estado sobre la aplicación del Convenio 169 y en las siguientes secciones veremos la reacción de la justicia constitucional y las iniciativas legislativas.

El Convenio 169 de la OIT es uno de los instrumentos jurídicos que protege directamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Consagra la importancia de estas comunidades y establece una adecuada protección de su identidad étnica y cultural. El Perú, al ratificar el Convenio, se ha comprometido a respetar el derecho a la igualdad, que se expresa en un trato diferenciado para las comunidades indígenas, que surge de reconocer que existen diferentes culturas pero que todas ellas deben ser promovidas.

Sin embargo, durante la última década y media, los distintos gobiernos peruanos no se han preocupado por desarrollar normativamente el derecho a la consulta bajo los parámetros del Convenio 169, como hemos visto anteriormente. Más aún, en los últimos años se desconocieron abiertamente las disposiciones del Convenio, al emitir, sin consulta previa, a mediados de 2008, los siguientes decretos legislativos: 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y el 1085. Estos decretos vulneraron y afectaron directamente el territorio de los pueblos indígenas sin previa consulta.

En virtud de lo anterior, la OIT encargó a una comisión de expertos analizar la situación de cada país, con el fin de garantizar la correcta aplicación de los convenios suscritos. En este sentido, el 20 de febrero de 2009 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) publicó un informe que contiene una serie de observaciones al Estado peruano sobre la aplicación del Convenio 169¹⁷⁸. Estas recomendaciones se basan en documentos emitidos por el mismo Estado peruano, en comunicaciones brindadas por otras instituciones peruanas y en el informe alternativo sobre los problemas de implementación del Convenio 169 elaborado por la Central General de Trabajadores del Perú (CGTP), en coordinación con las

¹⁷⁸ CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169, Perú, ratificación: 1994, publicación: 2009. Disponible en www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=iloilc&document=701&chapter=13&query=Per%FA%40ref%2BObservaci%F3n%40ref%2B%23ANO%3D2009&highlight=&querytype=bool&context=0, consultada el 24 de octubre de 2009.

organizaciones indígenas, nacionales y regionales¹⁷⁹ y las ONG que integran la Mesa de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos¹⁸⁰. Dicho informe fue enviado a la sede de la OIT en Ginebra en agosto de 2008 y también fue entregado al gobierno peruano, el cual confirmó su recepción pero no hizo comentarios al respecto. Teniendo en cuenta todo ello, la Comisión emitió las siguientes observaciones:

En primer lugar, señaló que en el Perú no existe un criterio unificado ni una misma terminología para distinguir la categoría jurídica de pueblos indígenas. La diferencia o analogía con las comunidades campesinas y nativas genera confusiones y ello lleva a que no resulte claro a quién se le aplica el Convenio. Es por ello que la CEACR demanda al gobierno peruano que, en consulta con las organizaciones indígenas nacionales, tome las medidas necesarias para adoptar una denominación y criterio único que agrupe a todas las formas organizadas de pueblos originarios existentes en el país que deben ser cubiertos por el Convenio. De la misma forma, indica que se deben tomar las medidas necesarias que incluyan a todos los comprendidos en el artículo 1 del Convenio para que gocen de los derechos en igualdad de condiciones.

En segundo lugar, señala que no existe una acción coordinada y sistemática entre el gobierno y los pueblos indígenas, para la toma de decisiones. Contrariamente, se observa la poca aplicación del derecho a la consulta y la participación para propuestas legislativas y actividades dentro de los territorios indígenas, según lo exigen los artículos 2, 6, 17 y 33 del Convenio 169. De esta manera, la Comisión insta al gobierno a que busque la participación y consulta de los pueblos indígenas y a que cree mecanismos que permitan el desarrollo de una institucionalidad que garantice la participación de los pueblos indígenas, dado que en la situación actual esta obligación la desarrolla de manera insuficiente y débil el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA).

En tercer lugar, manifiesta la necesidad de identificar situaciones urgentes en relación con la explotación de los recursos naturales que existan en el territorio de los pueblos indígenas, en las cuales se pongan en riesgo instituciones, personas, bienes, culturas, trabajo y medio ambiente. La CEACR pone como ejemplo la empresa SIGECOMGT, que se encuentra tramitando en el Congreso los proyectos de ley número 690 y 840, para promover la inversión privada en territorios de pueblos indígenas amazónicos, sin su consulta; este es un caso urgente que debe ser atendido por el Gobierno. Con base en ello, pide al Gobierno asegurar la consulta previa en relación con estos proyectos y que otorgue la información sobre cuántas consultas se han llevado a cabo y mediante qué mecanismos.

Finalmente, podemos concluir que la CEACR desarrolla en sus observaciones la participación, la consulta previa, la relación con los recursos naturales y la necesidad de una institucionalidad,

¹⁷⁹ Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería, CONACAMI; Confederación Campesina del Perú, CCP; Confederación Nacional Agraria, CNA; Asociación Regional de los Pueblos Indígenas de la Selva Central, ARPI; Organización Regional Aidesep, Ucayali, ORAU; Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente, OPRIO.

¹⁸⁰ Asociación Paz y Esperanza; Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CAAAP; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, DAR; Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui; Oxfam América y Servicios en Comunicación Intercultural, Servindi.

aspectos estos que se encuentran en los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, solicita al Gobierno que adopte 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 salvaguardarlos¹⁸¹.

Asimismo, la CEACR solicita al Gobierno que proporcione información sobre dichas medidas y sus avances, junto con sus comentarios sobre las comunicaciones recibidas, en forma detallada. La Comisión le otorgó plazo hasta el 1ero de septiembre de 2009.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A. Los procesos constitucionales por afectación del derecho a la consulta previa

En el Perú, la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no ha tenido mayor desarrollo. Sin embargo, los últimos decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo han ocasionado una serie de demandas de inconstitucionalidad, lo que hace que actualmente existan procesos pendientes y es posible que en el futuro se presenten algunos avances sobre el tema. El siguiente cuadro muestra la relación de demandas de inconstitucionalidad admitidas por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) contra los decretos legislativos y otras normas, por violación del derecho a la consulta previa.

Nº de Expediente	Demandante	Norma Cuestionada
17	Defensoría del Pueblo	D. L. 1064 (aprueba régimen jurídico para aprovechamiento de tierras de uso agrario)
20	Congresistas de la República	Ley 29157 (Ley de delegación de facultades legislativas TLC-USA)
22	Gonzalo Tunama Tunama y 8156 ciudadanos	D.L. 1089 (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales)
23	Gonzalo Tunama Tunama y 6699 ciudadanos	D.L. 1079 (Establece medidas que garanticen el patrimonio de áreas naturales)
24	Gonzalo Tunama Tunama y 6226 ciudadanos	D.L. 994 (Inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación la frontera agrícola)
25	Gonzalo Tunama Tunama y 8099 ciudadanos	Ley 29338 (Ley de recursos hídricos)
26	Gonzalo Tunama Tunama y 8119 ciudadanos	D.L. 1083 (Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos)
27	Gonzalo Tunama Tunama y 8307ciudadanos	D.L. 1020 (Organización de productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario)

Fuente: Tribunal Constitucional
Elaboración: Instituto de Defensa Legal

¹⁸¹ CEACR, *Ibidem*.

B. El caso Cordillera Escalera

Cabe destacar que el TC peruano se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas únicamente en un proceso de amparo, en la denominada sentencia del caso Cordillera Escalera, expediente N° 03343-2007-PA/TC. En esta sentencia, el TC señala que el Convenio 169 forma parte del derecho interno peruano y tiene rango constitucional. Esto, con base en que la Constitución Política del Perú¹⁸² establece que todos los tratados que se suscriban en materia de derechos humanos tienen rango constitucional¹⁸³. De esta forma, toda interpretación que realice el TC sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales debe hacerse a la luz de las declaraciones de derechos humanos, los tratados internacionales de derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según los tratados ratificados por el Perú¹⁸⁴.

El Convenio 169 de la OIT ha sido parte de nuestro ordenamiento desde la promulgación de la ley que lo aprobó. Sin embargo, dado que muchos funcionarios públicos mantienen una concepción positivista y legalista del derecho, no consideran que el presente Convenio sea aplicable de forma directa. No obstante, como lo mencionamos anteriormente, la falta de desarrollo normativo del Convenio no es un argumento para su inaplicación, de manera que los jueces pueden aplicar directamente esta norma al momento de resolver los conflictos que conozcan¹⁸⁵, dado que el Convenio 169 está vigente y es parte de la legislación interna peruana, lo cual permite tomar en serio, entre otros, el artículo 6 del Convenio y consultar a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, antes de adoptar medidas que los puedan afectar directamente, como el otorgamiento de concesiones de explotación.

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que

No solo estamos ante un derecho cuya tutela se puede exigir judicialmente, sino más aún, estamos ante un derecho que puede ser protegido por la justicia constitucional, es decir a través de procesos como el amparo, de cumplimiento, de inconstitucionalidad, de acción popular, por ejemplo dado su rango constitucional, lo cual permite la habilitación de una tutela de urgencia en principio más potente y efectiva¹⁸⁶.

Por lo anterior, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, más que estar protegido por la jurisdicción ordinaria se encuentra dentro del ámbito de la justicia constitucional, de forma que

¹⁸² Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana. Las normas relativas a los derechos y 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.

¹⁸³ Fundamento N° 31 de la sentencia N° 03343-2007-PA/TC.

¹⁸⁴ Código Procesal Civil, artículo 5.

¹⁸⁵ Juan Carlos Ruiz Molleda, "TC reconoce el derecho a la consulta de pueblos indígenas y rango constitucional del Convenio 169 OIT", en *Justicia Viva*, (portal electrónico), 29 de abril de 2009.

¹⁸⁶ *Ídem*.

puede ser tutelado por las garantías constitucionales que la Constitución y el Código Procesal Constitucional consagran, con lo cual se permite su efectiva y eficiente protección.

El fundamento 33 de la citada sentencia pone énfasis en la libre determinación de los pueblos indígenas y en su concepción colectiva de la propiedad de la tierra como territorio¹⁸⁷. Asimismo, defiende o sustenta el derecho a la consulta previa, al indicar que los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT manifiestan expresamente:

[Q]ue cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Debiéndose efectuar las consultas de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, es decir considerando los casos concretos y no en base a generalidades, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

Aunque el TC no establece que la decisión adoptada en la consulta es vinculante, sí señala el deber de considerar y buscar el consenso y no tomar la consulta como un simple procedimiento formal.

La sentencia del TC en sus fundamentos 34 y 35 afirma¹⁸⁸ que “los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Por ello, los pueblos indígenas necesitan ser consultados porque de esa forma se protege y se concreta la identidad étnica y el respeto de las culturas que nuestra constitución promueve. Además, señala que “los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierra”¹⁸⁹. Lo anterior muestra que la consulta no puede realizarse bajo cualquier mecanismo improvisado sino que debe llevarse a cabo en un contexto previamente determinado, donde las partes sepan en qué están participando y cuenten con la información debida.

Por otro lado, el TC en el fundamento 39 de la sentencia Cordillera Escalera resalta que la legislación que promueve la consulta incentiva al mismo tiempo la responsabilidad empresarial, de manera que las empresas se preocupen no sólo por el medio ambiente sino también por las relaciones con la población y busquen medidas que generen el menor impacto cultural. De esta forma, el TC reconoce que el derecho a la consulta puede desarrollarse dentro del marco de la responsabilidad social, aunque no debe entenderse como una facultad de la empresa sino como

¹⁸⁷ Fundamento N° 32 de la sentencia N° 03343-2007-PA/TC: Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio *excede* la noción de propiedad patrimonial.

¹⁸⁸ Con base en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁸⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 15.

una actividad de obligatorio cumplimiento, por estar consagrada en la Constitución. Asimismo, señala que al afectarse territorios de los pueblos indígenas es claro que se deben implementar mecanismos de participación en la actividad y en las rentas que pueda generar la extracción de recursos naturales en esa zona.

Finalmente, el TC indica que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y carácter vinculante del derecho a la consulta establecido en el convenio internacional citado, y señala que es una tarea del Legislativo elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida respecto de todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas¹⁹⁰. Sin embargo, podemos observar que la sentencia no exhorta clara y expresamente al Gobierno sino que formula únicamente una recomendación. La sentencia es positiva en la medida en que reconoce el rango constitucional que el Convenio 169 le otorga al derecho a la consulta de los pueblos indígenas; este reconocimiento es un mecanismo jurídico adicional de defensa y refuerzo del derecho mencionado.

VI. INICIATIVAS LEGISLATIVAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

A pesar de la configuración multicultural del país, con preponderante presencia indígena y después de más de 15 años de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, las iniciativas estatales para su implementación, ya sea en forma de medidas legislativas o de políticas públicas, han sido exiguas y se han circunscrito casi por completo a la labor realizada por la Defensoría del Pueblo, que, sin embargo, no se ha traducido en un tangible reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo, por la falta de voluntad política de los sucesivos gobiernos

A. La labor del Congreso de la República

En el marco de la labor del Congreso de la República concerniente al derecho a la consulta han existido hasta el momento dos iniciativas normativas; ellas se refieren a los temas de derecho a la consulta previa y participación en materia ambiental y a la consulta previa en el procedimiento legislativo.

El 18 de diciembre de 2007, el Grupo Parlamentario Nacionalista ingresó el proyecto de ley N° 02016/2007-CR, que agrupaba los proyectos 00413 y 00427, referidos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas en materia ambiental. La exposición de motivos de este proyecto hace referencia expresa a los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Señala que “actualmente, además, de los esfuerzos de la Defensoría del Pueblos, no existe una institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos a asumir hasta la fecha”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Fundamento N° 40 de la sentencia N° 03343-2007-PA/TC.

¹⁹¹ Proyecto de ley N° 02016/2007-CR, pág. 15, 18 de diciembre de 2007.

Este proyecto sólo propone la consulta a los pueblos indígenas en proyectos relacionados con el ordenamiento territorial, la realización de actividades extractivas y de obras de infraestructura. Señala en su artículo 8° que “la decisión de los pueblos indígenas respecto a su conformidad o disconformidad” con las actividades a realizar tiene carácter vinculante y obligatorio para el Estado.

El proyecto al que se ha hecho referencia cuenta con un dictamen favorable de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, de manera que, al 14 de noviembre de 2009, sólo faltaba el dictamen de la comisión de Constitución y Reglamento, según la página de internet del Congreso¹⁹².

La segunda iniciativa proveniente del Congreso de la República es el proyecto de ley N° 03344/2008-CR, que data del 18 de junio de 2009; se refiere a la consulta previa en el procedimiento legislativo y busca modificar algunos artículos del Reglamento del Congreso de la República. Fue presentado por el Grupo Parlamentario Unión por el Perú. Este proyecto busca hacer efectivo el derecho a la consulta contenido en el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, referido a la realización de consultas previas a la adopción de medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas. La iniciativa legislativa propone, además, la creación de una Comisión Multipartidaria encargada de llevar a cabo estas consultas. Al 24 de junio de 2009, según la página de internet del Congreso¹⁹³, el proyecto se encontraba en las comisiones de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología y de Constitución y Reglamento.

B. Labor de la Presidencia del Consejo de Ministros

Con relación a la labor de la Presidencia del Consejo de Ministros, las iniciativas en favor del derecho a la consulta se reducen a la creación de la Mesa de Diálogo Permanente entre el Estado y los pueblos indígenas de la Amazonía, en beneficio del desarrollo sostenible de la Amazonía peruana, el 23 de marzo de 2009. A propósito, el portal del Ministerio de Energía y Minas (MINAM) señala que “la citada mesa de diálogo constituirá un espacio representativo de consulta, con la misión de coadyuvar al análisis y la búsqueda de acuerdos consensuados de los asuntos planteados por las organizaciones representativas que la agrupan y el Estado”¹⁹⁴.

A pesar de lo anterior, los líderes indígenas no perciben que en las mesas instaladas recientemente por el gobierno tenga lugar un verdadero diálogo. En este sentido, la líder de la Unión de Nacionalidades Asháninka y Yanesha, Teresita Antazú, ha manifestado su escepticismo sobre las mesas de diálogo instaladas por el gobierno para tratar la problemática de las comunidades indígenas¹⁹⁵.

¹⁹² Ver: www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf.

¹⁹³ Ver: www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf.

¹⁹⁴ Ver: www.minam.gob.pe.

¹⁹⁵ Ver: www.larepublica.com.pe, 17 de octubre de 2009.

En el ámbito de la Mesa N° 3, en la que se trabaja específicamente el tema del derecho a la consulta, los coordinadores indígenas han expuesto su propuesta consensuada sobre este derecho, en la que destacan que consideran que la afectación del bienestar espiritual también constituye afectación directa. Diversos representantes del Estado coincidieron en señalar que es necesario el desarrollo de una definición y contenido del mismo. Destacan, además, la puesta en agenda del reconocimiento de la territorialidad, autonomía, oportunidad e información como principios. Sobre el particular, los representantes estatales han solicitado la ampliación de los contenidos de estos temas.

Por lo demás, cabe decir que el número de representantes indígenas participantes ha disminuido considerablemente, de 38 a 13, aproximadamente; aseguran que el Gobierno no está cumpliendo con su obligación de reembolsar el importe de los gastos. De continuar estos inconvenientes, la participación indígena será mucho más reducida, lo que complicará el avance del trabajo. Se ha constatado que, a excepción del Gobierno Regional de Junín, no hay participación de los representantes de los gobiernos regionales.

C. Labor de la Defensoría del Pueblo

Respecto de la labor de la Defensoría del Pueblo, que como ya se ha señalado, es la más destacada de las instituciones estatales, se puede resaltar la elaboración del proyecto de Ley Marco del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, presentado el 6 de julio de 2009.

Este proyecto es más completo y acorde con las obligaciones contraídas por el Perú, mediante la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Actualmente se encuentra en estudio en las comisiones del Congreso de la República y, al parecer, se estarían esperando los resultados del trabajo de la Mesa de Diálogo 3.

Este proyecto se distancia de los anteriores, en la medida en que desarrolla el contenido, los principios y los alcances básicos del derecho a la consulta previa y contiene una serie de definiciones respecto de los criterios de actuación que debe adoptar el Estado al relacionarse con los pueblos indígenas, tales como interculturalidad, “pueblos indígenas” y afectaciones directas, definidos como los posibles cambios –beneficiosos o perjudiciales– que una medida administrativa o legislativa puede generar directamente sobre la vida y la cultura de los pueblos indígenas, es decir, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida y desarrollo.

El proyecto contiene una serie de principios derivados de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que le dan legitimidad y que están referidos a la libertad, la inclusión, la participación, la buena fe, la interculturalidad y la flexibilidad, para mencionar solamente algunos que se consideran necesarios para no desnaturalizar el derecho a la consulta.

El proyecto incluye, además, la creación de un organismo técnico especializado del Poder Ejecutivo, que sería el ente rector en materia de políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas. Este órgano debe apoyar, asesorar y supervisar los procesos de consulta que se realicen y velar por el respeto de los derechos de dichos pueblos.

Es de resaltar que el proyecto haya extendido el ámbito de aplicación de la consulta, ajustándolo

a lo señalado por el Convenio 169 de la OIT, con lo cual se superan los vacíos dejados por propuestas anteriores. En este sentido, la consulta incluye a) la reforma constitucional vinculada a los pueblos indígenas; b) la adopción de normas de cualquier índole que regulen los derechos de los pueblos indígenas; c) la adopción de medidas administrativas o legislativas que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente cuando se regulen temas referidos a los derechos a la identidad cultural, la propiedad, la salud, la educación, la participación política, los recursos naturales y el derecho a un ambiente adecuado y d) otras medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar directamente.

La OIT ha señalado que “esta consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. Entre tales medidas pueden mencionarse, a título de ejemplo: Enmiendas a la Constitución nacional; Nueva legislación agraria; Decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras; Programas y servicios nacionales de educación o de salud; Toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales. En consecuencia, antes de adoptar una norma legal o disposición administrativa que pueda afectarlos directamente, los gobiernos deben iniciar una discusión abierta, franca y significativa con los pueblos interesados”¹⁹⁶.

Por lo demás, es de resaltar que el proyecto considera la consulta como un proceso de diálogo y ya no de mera información, siempre con el fin de llegar a un acuerdo sobre la base de los principios descritos en la norma. Se destaca, además, la consideración de la diversidad lingüística en el proceso de consulta, así como las consecuencias del resultado del proceso, en cuanto a que la adopción de la decisión final debe ampararse en los resultados del diálogo con los pueblos interesados. El proyecto es, sin lugar a dudas, un avance. Sin embargo, cabe preguntarse si antes de la presentación del proyecto, en la línea política de la Defensoría y en atención a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, éste debió consultarse con los beneficiarios del mismo.

VII. RECOMENDACIONES

Con base en el análisis planteado, las instituciones peticionarias de la audiencia solicitamos a la Honorable Comisión, que le recomiende al Estado peruano lo siguiente:

Sobre la adopción de un proyecto de ley sobre el derecho a la consulta previa

- Que asegure la participación de todas las comunidades y pueblos indígenas de manera tal que puedan opinar sobre el proyecto de ley antes de que sea aprobado por el Congreso.
- Que envíe el proyecto de ley a la Comisión Interamericana, para que ésta pueda analizar su compatibilidad con los estándares y las obligaciones internacionales de Perú, antes de que sea aprobado por el Congreso.

¹⁹⁶ OIT. “*Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un Manual*”. 2003.

Sobre la creación de un mecanismo de concertación

- Que ponga en funcionamiento un grupo de trabajo o cualquier otro mecanismo de concertación de carácter permanente, integrado por representantes del Estado y de las comunidades y pueblos indígenas, que, sin perjuicio de otras, tenga como funciones:
 - Acordar medidas para reparar los daños derivados de haber permitido la ejecución de proyectos sin realizar un proceso de consulta previa, efectiva e informada, con las comunidades indígenas afectadas.
 - Acordar una agenda para resolver los problemas relacionados con la titulación de las tierras de los territorios en posesión de pueblos indígenas, tales como a) otorgar títulos a aquellas comunidades que aún no los tengan, b) asegurar que el Ministerio de Energía y Minas consulte la titularidad de los predios antes de conceder licencias para la ejecución de proyectos de exploración y explotación.

Finalmente, que el Estado peruano cese inmediatamente el otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios de comunidades indígenas sin realizar procesos de consulta previa, efectiva y plenamente informada con las comunidades y pueblos indígenas.

La **Fundación para el Debido Proceso Legal** (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro, fundada en 1998 por el profesor Thomas Buergenthal, actual juez de la Corte Internacional de Justicia, y sus colegas de la Comisión de la Verdad para El Salvador, cuyo mandato es promover la implementación de políticas públicas dirigidas a mejorar los sistemas nacionales de justicia y de esa manera fortalecer el estado de derecho en América Latina. DPLF realiza su trabajo a través de tres áreas programáticas: a) acceso igualitario a la justicia, b) rendición de cuentas y transparencia judicial y c) justicia internacional.

1779 Massachusetts Ave., NW, Suite 510A
Washington, D.C. 20036

T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org



SEATTLE
UNIVERSITY
SCHOOL OF LAW