

Nataly María Herrera Rodríguez

**LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ Y SU
REGLAMENTO.**

LA PROBLEMÁTICA DE LAS COMUNIDADES
CAMPESINAS Y NATIVAS

Tutor: Fernando Losada

Director: Osvaldo Kreimer

BUENOS AIRES, ARGENTINA

2014



UNSAM

UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
SAN MARTÍN

Centro Internacional de Estudios Políticos

**“Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el
Caribe”**

A Rolito, Anita y Kathy, lo mejor que tengo en la vida y en quienes encuentro la fuerza y el amor para seguir adelante.

A mi familia de Buenos Aires, Jeimy, Christian, Nathalia, Laura y Juan ya que sin su cariño, paciencia y apoyo la culminación de este proceso no hubiera sido posible.

“Sólo cuando el último árbol esté muerto, el último río envenenado, y el último pez atrapado, te darás cuenta que no puedes comer dinero.”

Sabiduría indoamericana

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Palabras clave: consulta previa, pueblos indígenas, comunidades campesinas.

Esta tesis pretende visibilizar la situación de la Consulta Previa, Libre e Informada en el Perú en base a su historia, proceso, Ley y Reglamento, dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de manera específica del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El derecho a la Consulta Previa es una oportunidad para escuchar la siempre excluida voz de los pueblos indígenas. A través de ella las normas de derecho internacional como nacional han permitido incluir en la esfera pública la agenda indígena. Pero tener una ley y reglamento, como es el caso peruano, no es suficiente, pues existe a la vez el deber del Estado de aplicar y explicar de buena fe la consulta respetarla y a la vez sin generar falsas expectativas, así como determinar la real magnitud de la misma, como los actores intervinientes.

En el Perú, el tema más sensible de este debate, es ponerse de acuerdo sobre quiénes son los pueblos indígenas a los que se les debe garantizar este derecho. El debate está entrampado fundamentalmente porque el Poder Ejecutivo considera que no todas las comunidades campesinas tienen los mismos derechos que los pueblos indígenas, mientras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las leyes nacionales sí plantean esta equivalencia. En este sentido, la consulta previa en los Andes del Perú resulta especialmente relevante, pues es este lugar donde existen numerosos proyectos de inversión minera, uno de los motores más importantes de la economía nacional peruana.

El objetivo de esta tesis es determinar la real situación de protección y/o vulneración de los derechos de las comunidades campesinas y nativas en los procesos de consulta previa en el Perú. Su hipótesis principal es que los pueblos indígenas son claramente vulnerables respecto a este derecho y que existen avances y retrocesos continuos en la posición gubernamental.

ABSTRACT AND KEYWORDS

Keywords: prior consultation, indigenous people, peasant communities

This thesis tries to show the history and status of the right of Prior, Free and Informed Consultation in Peru, based on its law and regulation, within the framework of the International Law of Human Rights, specifically the Convention 169 of the International Labour Organization.

This right to consultation is an opportunity to hear the always excluded voice of indigenous people, and in this sense it is not possible to deny that rules of international and national law have allowed to include in the public sphere the indigenous agenda. But having a law or regulation, as is the case of Peru, is not enough, because the State has the duty to fully apply and explain in good faith what the consultation is, without raising false expectations, and to determine its real consequences, and actors involved.

In Peru, the most sensitive issue in the debate on the consultation is to know who the indigenous people are whose rights must be recognized. The debate is essentially jeopardized by the Government position that not all peasant communities have the same rights as indigenous people, whereas the jurisprudence of the Constitutional Court and national laws pose this equivalence. In this regard, prior consultation in the Andes of Peru is especially relevant, as it is there where there occur most of mining investments, one of the most important engines of the Peruvian national economy.

The aim of this thesis is to determine the real situation of protection and / or violation of the rights of peasant and natives communities in the process of prior consultation in Peru. Its hypothesis is that they are in a vulnerable situation in this process and the Government takes an ambivalent path, with advances and setbacks.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I: EL MUNDO INDÍGENA Y SU DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

- 1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos
- 1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- 1.3. Otros Organismos Internacionales

II. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

III. CONSULTA, CONSENTIMIENTO Y VETO

- 3.1. ¿Consulta o Consentimiento?
- 3.2. La Consulta y el poder de Veto

IV. ALGUNOS TEMAS VINCULADOS A LA CONSULTA PREVIA

- 4.1. Los pueblos indígenas y los pueblos tribales
- 4.2. La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos
- 4.3. El alcance territorial y de recursos en la Consulta
- 4.4. Los aspectos de la reparación

CAPITULO II: LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERU Y SU REGLAMENTO

I. LOS PRIMEROS PASOS, UNA MIRADA A LOS INICIOS

- 1.1. Los orígenes del conflicto
- 1.2. Los sucesos en Bagua

II. LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

- 2.1. Los Derechos de los pueblos indígenas en el derecho interno peruano
- 2.2. La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

III. EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERU

- 3.1. Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú
- 3.2. El proceso de Consulta Previa del Reglamento
- 3.3. El contenido del Reglamento

CAPÍTULO III: LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

I. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA PREVIA A LA LEY DE CONSULTA PREVIA

- 1.1. Las comunidades campesinas
- 1.2. Las rondas campesinas
- 1.3. Las comunidades nativas
- 1.4. Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial

II. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA CONSULTA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL DERECHO INTERNO PERUANO

- 2.1. Los criterios objetivos y subjetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA BASE DE DATOS DE OFICIAL

IV. EL PROBLEMA DEL RECONOCIMIENTO E IDENTIFICACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

- 4.1. La identificación de los pueblos indígenas en el Perú
- 4.2. Las deficiencias de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento frente a los pueblos tribales, las Comunidades Campesinas y Nativas
- 4.3. La posición del Gobierno en los últimos años

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

GLOSARIO DE TÉRMINOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

INTRODUCCION

El presente trabajo aborda el tema de la Consulta previa, libre e informada en el Perú, en base al contexto que vivido en el país previo a la promulgación de la ley así como posterior a su reglamentación. El análisis se encuadra, dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de manera más específica en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La consulta previa es un derecho humano que tienen los pueblos indígenas para hacer valer sus otros derechos, en el marco de su relación con el Estado. Este derecho es uno de los tantos que los Estados les han reconocido a los pueblos indígenas a través de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Al ser un derecho fundamental, no solo se constituye en un mecanismo de defensa en manos de sus titulares, a los efectos de rechazar intervenciones arbitrarias del Estado o de otros particulares, sino también pasa a formar parte de los criterios de validez material previstos por nuestro ordenamiento para evaluar la actuación de todos los poderes públicos y privados.

En el Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra vigente desde 1995 y existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en la que, se hace referencia a su valor constitucional.

De acuerdo con las normas internacionales y nacionales vigentes, el Estado peruano tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que los afecten. El incremento de conflictos socio-ambientales ha llevado a que en los últimos años se empiece a tomar medidas concretas para poder realizar las acciones de consulta, como, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Consulta Previa -en el 2011- y su respectivo reglamento. Sin embargo, en la práctica, este derecho de los pueblos indígenas aún no ha sido efectivamente implementado.

Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. Como consecuencia de esto, los pueblos indígenas han expresado, mediante diversos pronunciamientos (conferencias de prensa, marchas en las calles, audiencias públicas entre otros), su desacuerdo con los planteamientos y políticas del Estado en relación con el modelo de desarrollo que se viene implementando en sus territorios.

El objetivo del presente trabajo es determinar la situación real de protección y/o vulneración de los derechos de las comunidades campesinas y nativas en los procesos de consulta previa en el Perú, desde su reglamentación en abril del 2012- hasta el presente.

Para ello, se hace un estudio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se han tomado como instrumentos principales: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, las opiniones que sobre el mismo ha emitido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A la vez, se ha recurrido también a los informes temáticos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros documentos.

Para analizar la normatividad interna se considera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano; la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios; reconocida en el Convenio 169 de la OIT y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que contiene el Reglamento de dicha ley.

Del análisis de los documentos se ha podido poner de manifiesto los aciertos de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, así como las incompatibilidades existentes entre éstas y las reglas impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y algunas contradicciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la normativa sobre consulta previa.

La investigación ha sido dividida en tres capítulos. El primero estudia el ámbito internacional y los aspectos generales de la consulta previa. En el segundo capítulo se hace una exposición del contexto nacional previo a la promulgación de la Ley de Consulta Previa y se profundiza en el análisis de las normas peruanas sobre consulta. La tercera parte expone la situación de las comunidades campesinas y nativas del Perú, en la legislación peruana.

CAPITULO I: EL MUNDO INDÍGENA Y SU DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La consulta previa a pueblos indígenas y tribales se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas poco más de dos décadas, desde el nacimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1989.

No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy pocos tribunales a nivel mundial han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuados sobre el asunto.

El análisis riguroso del derecho internacional sobre la consulta previa requiere no solo de una reconstrucción del panorama de normas que existen sobre el tema, sino también un examen de lo que encierra este proceso. Debe reconocerse que la consulta no es el mero proceso de preguntar sino que encierra también exigencias sobre el consentimiento, y que la consulta se interrelaciona con otros derechos. Por otro lado el problema de la consulta previa está intrínsecamente vinculado con la identificación a quién se debe consultar, y con su estrecha relación con las tierras y el territorio..

I. LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho a la Consulta Previa de los pueblos originarios o indígenas ha tenido un continuo desarrollo, demostrándose fundamental para la supervivencia de la diversidad cultural y étnica en el mundo, así como para su vida misma..

En virtud de la interrelación e integración interdisciplinar de los derechos humanos, la Consulta Previa además de ser un derecho en sí mismo, se ha convertido en un prerrequisito indispensable para el goce efectivo de otros derechos fundamentales. En el procedimiento de consulta, se articulan varios derechos fundamentales imprescindibles para la garantía de todos los demás derechos y libertades básicas: territorio, integridad e identidad cultural, autonomía y diversidad, libre determinación, igualdad y equidad, y desarrollo de los pueblos.

La normatividad internacional reconoce que el derecho a la consulta, no se reduce a un proceso de recibir únicamente la opinión de la población consultada sino que busca reconocer y re-generar

jurídicamente al sujeto consultado, así como – tanto para el miembro individual cómo para su comunidad – a valorarse, organizarse y a tomar responsabilidad de ello. La consulta a los pueblos indígenas es un derecho específico de este grupo, que se ha visto históricamente desdeñado, marginalizado y desorganizado, a la vez que se ha minimizando su capacidad de acción política.

Por otro lado, el Derecho Internacional ha definido el contenido, alcance y las condiciones para la garantía del ejercicio del derecho de Consulta Previa, como mecanismo de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones legislativas y administrativas que afectan y comprometen sus territorios y sus derechos.

1.4. Sistema Universal de Derechos Humanos

Las normas del derecho internacional sobre la consulta previa se multiplicaron en las últimas dos décadas: normas jurídicamente imperativas (*hard law*) como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y también diversas normas catalogadas como *soft law*, que si bien poseen peso jurídico no son imperativamente vinculantes para los Estados. Entre estas últimas, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las recomendaciones del relator especial de las Naciones Unidas, entre otras. A continuación se desarrolla una breve descripción de la normatividad citada:

1.4.1. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribales en los países independientes, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986. Como producto de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹ (en adelante Convenio 169), uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las

¹ El Convenio 169 reemplaza al anterior Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas. Sin embargo, este último sigue vigente para los Estados que lo ratificaron, pero que todavía no han ratificado el Convenio 169 de la OIT (p. ej., India).

comunidades indígenas, mismo que se configura como una herramienta jurídica vinculante para los países que lo han ratificado desde entonces.²

El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15). El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad es la de intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo con ella. Señala que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país” (Guía de Aplicación, Convenio 169, p. 14). Por otro lado se tiene el Programa para Promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169), creado por la OIT en 1996 con el fin de apoyar a organizaciones indígenas, gobiernos y otros actores en su aplicación.

1.4.2. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) - Observaciones individuales

La CEACR³ ha evaluado el cumplimiento del Convenio 169 por parte de los Estados en varias situaciones, desde el otorgamiento de licencias ambientales hasta decisiones sobre propiedad y proyectos extractivos.

Las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino que constituyen indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva de sus compromisos respecto del Convenio. En general, las observaciones de la CEACR interpretan ampliamente las disposiciones del Convenio, especialmente en el ámbito de las situaciones en las cuales debe realizarse la consulta, que la CEACR aplica, entre otras circunstancias, a la adopción de disposiciones jurídicas sobre propiedad de la tierra, en actividades de prospección y explotación de recursos naturales, en el traslado de comunidades y en la adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas,

² Los Estados parte del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España, República Centro Africana y Venezuela.

³ Esta Comisión fue establecida en 1926 para evaluar los informes (de aplicación y recomendaciones) que los Estados parte hacen sobre los convenios auspiciados por la OIT.

que incluyen los planes de desarrollo.⁴ Adicionalmente, reconoce la importancia de las tierras tanto ocupadas como utilizadas por las comunidades, así como los derechos sobre la totalidad de los territorios habitados tradicionalmente por ellas.⁵

1.4.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) fue adoptada en setiembre de 2007 por su Asamblea General.

Aunque la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas no es jurídicamente vinculante, tiene una gran importancia, ya que, de todos modos “Los derechos reconocidos en la presente declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo” (Art. 43). En Bolivia, la Declaración de las Naciones Unidas fue incluso aprobada como ley nacional y muchos tribunales constitucionales de América Latina, como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se refieren a la misma en sus dictámenes.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas, se establece, entre otras cosas, que las medidas para combatir los prejuicios y la discriminación deben ser tomadas en consulta y cooperación con los pueblos interesados (Art. 15.2); asimismo, las medidas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso deben ser tomadas en consulta y cooperación con los pueblos interesados (Art. 17.2); los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas deben fomentar las formas de cooperación entre los pueblos indígenas a través de las fronteras (Art.36); y, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, los estados adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la declaración de las Naciones Unidas (Art. 38).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas establece en múltiples ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Así, se estipula que los desplazamientos de sus tierras o territorios, y el almacenamiento de materiales peligrosos en los mismos no podrán realizarse sin dicho consentimiento (Art. 10 y 29). Antes de adoptar medidas legislativas o administrativas, como también proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o

⁴ Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, México, 1999; Perú, 1999; Costa Rica, 2001; Perú 2001.

⁵ Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú, 1999; Colombia, 2007.

los recursos, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas (Art. 19 y 23). Con respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, como también la tierra, los territorios y los recursos, de que hayan sido privados los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, estos tienen el derecho a la restitución y/o indemnización (Art. 11 y 28).

1.4.4. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos es un órgano creado en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de su Protocolo Facultativo, de monitoreo. El Comité emite tres tipos de pronunciamientos: a) observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (art. 40.4); b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el Comité hace de los informes periódicos que los Estados parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP.

1.4.5. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)

El CEDR⁶ fue constituido como órgano de monitoreo tras la entrada en vigor del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. El CEDR, entre otros pronunciamientos, emite recomendaciones a los Estados parte, que proponen medidas específicas para dar cumplimiento al Convenio. Por otro lado, el CEDR elabora recomendaciones generales sobre la aplicación de distintas disposiciones del Convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos. Además, es competente para recibir casos y

⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fue el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud de un acuerdo concreto de derechos humanos. El Comité examina las medidas jurídicas, judiciales, administrativas o de otra índole que adopten los Estados para cumplir con sus obligaciones en la lucha contra la discriminación racial. Está compuesto por dieciocho expertos elegidos por cuatro años por los Estados Partes en la Convención. Cada dos años se celebran elecciones para renovar la mitad de los miembros. En la composición del Comité se tiene en cuenta la representación equitativa de las regiones geográficas del mundo, así como las diferentes civilizaciones y sistemas jurídicos. Los Estados Partes deben presentar informes amplios al Comité cada cuatro años y breves informes de actualización en los períodos bienales intermedios. Cuando se presenta un informe al Comité para su examen, un representante del país interesado puede presentarlo, contestar preguntas de los expertos y hacer comentarios sobre las observaciones que formulan. En el informe del Comité a la Asamblea General se resumen esas actuaciones y se hacen sugerencias y recomendaciones.

quejas individuales de discriminación racial de ciudadanos de los Estados parte del Convenio (OIT; 1969, art. 14).

1.4.6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)

El CDESC es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados parte. El CDESC se estableció en 1985, por una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). El Comité recibe informes periódicos de los Estados miembros sobre el cumplimiento de las disposiciones del pacto y realiza observaciones finales con respecto a ellos. El Comité también hace observaciones generales sobre las disposiciones del pacto, que sirven de pauta interpretativa de los pronunciamientos hechos por el CDESC y del pacto, pero no tienen carácter vinculante. El CDESC no tiene facultad de revisar denuncias particulares, aunque está en proceso de ratificación un proyecto de Protocolo Facultativo que se lo permitiría.⁷ En sus observaciones, menciona las disposiciones del Convenio 169, y la necesidad de que el Estado consiga de los pueblos afectados “su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les [los] afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT”.

1.4.7. Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas

El relator ha desarrollado ampliamente el tema del derecho a la consulta tanto en expresarse sobre el efecto que debe tener la consulta en la práctica, como en reforzar la necesidad de cumplir con el Convenio 169.

En 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, manifestó en un informe que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y que éste, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos” (Stavenhagen; 2008; p. 72). En el 2007, después de ser adoptada la declaración, el relator instó a los Estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que los contenidos y procedimientos de éstos sean participativos y que, por lo tanto, cuenten “con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo” (Stavenhagen;

⁷Véase <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

2007; párr. 18.b), de tal forma que se le dé prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas (Stavenhagen; 2007; párr. 69). En el mismo documento, el relator citó el concepto de “consentimiento libre”, previo e informado elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió en la necesidad de seguir los siguientes criterios mencionados por ese órgano: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada; y solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades (Stavenhagen; 2007; párr. 23)

1.4.8. Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas

Es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁸ cuya función es examinar asuntos indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesoría especializada y recomendaciones al Consejo y, por conducto de éste, a programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas.

Las recomendaciones plasmadas en los informes del Foro Permanente no son vinculantes, pero las recomendaciones oficiales dirigidas al ECOSOC pueden ser adoptadas por este órgano y sirven de plataforma para la realización de proyectos y prioridades de las Naciones Unidas en temas relacionados a los pueblos indígenas. Adicionalmente, las recomendaciones que el Foro Permanente hace para otras agencias, fondos y programas de la ONU (así como para gobiernos, organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas), son ampliamente divulgadas y crean oportunidades de presión para los actores involucrados en la consulta.

1.5. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) reúne a los países del hemisferio occidental; y es el principal foro multilateral de la región, que se dedica a temas como el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos.

Esta región cuenta con instrumentos de derechos humanos que también pueden ser invocados por los pueblos indígenas, tales como: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el

⁸El Consejo Económico y Social (ECOSOC) fue establecido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar el trabajo de los organismos especializados y las comisiones orgánicas y regionales de las Naciones Unidas en los temas económicos y sociales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Información Básica, disponible en <http://www.un.org/es/ecosoc/about/>.

Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Los instrumentos mencionados, aunque establecen derechos individuales, tienen especial relevancia en cuanto han servido de fundamento jurídico para el desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas dentro del marco de los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

En otros instrumentos regionales pueden encontrarse disposiciones que resaltan la importancia de la participación indígena en los asuntos del Estado para afianzar la democracia. Así, podemos mencionar a la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 6 reconoce que la participación ciudadana en decisiones relativas a su desarrollo es un derecho y una responsabilidad, y que es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Esta disposición debe ser interpretada conjuntamente con el artículo 9, el cual establece la eliminación de toda forma de discriminación étnica y racial y la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y la diversidad étnica, cultural y religiosa. De la misma manera, el Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁹ reconoce, entre otros, los derechos a la libre determinación, consulta, consentimiento y participación. En caso de ser aprobado, constituiría un moderno instrumento legal para la protección de los pueblos indígenas. De su contenido, merecen mención especial el artículo XV, que reconoce su derecho a determinar libremente su desarrollo y a participar en la toma de decisiones en todos los niveles sobre los asuntos que les afecten directamente; el párrafo séptimo del artículo XIII, que establece la necesidad de obtener el consentimiento antes que el Estado cree un área protegida en sus territorios y el artículo XVIII, cuyo párrafo quinto establece el deber del Estado de fomentar la participación de los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de recursos del subsuelo que se encuentren en sus territorios y su párrafo sexto, que el traslado o reubicación no procederá sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de la comunidad, salvo circunstancias excepcionales de interés público.

En la actualidad, continúan las negociaciones sobre el contenido de este documento,¹⁰ aunque todavía no existe consenso entre los Estados y las organizaciones indígenas. Esto podría deberse a

⁹ Este proyecto está siendo debatido desde 1999 en el seno del Grupo de Trabajo creado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Su discusión se inició sobre el texto propuesto por la CIDH, el cual fue aprobado el 27 de febrero de 1997, durante su 95.º Período Ordinario de Sesiones. Ver: OEA/Ser.G, P/doc.2878/97 corr.1 del 1 de abril de 2007. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7_esp.pdf

¹⁰ Las discusiones se hacen sobre un texto consolidado preparado por la presidencia del Grupo de Trabajo, el cual fue aprobado el 2003. En él se recogen los derechos de consulta y consentimiento previo, libre e informado.

que, por un lado, esta Declaración reconoce derechos que implican autonomía y autogobierno y, por otro lado, por los conflictos generados con la población indígena sobre proyectos de desarrollo en sus territorios.

1.5.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Creada en 1959, su función es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia. En su resolución “La protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, de 1972 estableció que la protección de estas poblaciones es un compromiso sagrado de los Estados (CIDH; 2000, Cap. I, párr.1). Sus visitas in loco, en las cuales verifica directamente la situación de los pueblos indígenas, sirven de sustento para la preparación de sus informes especiales enfocados a pueblos específicos y para atender los casos particulares presentados a su consideración.

Para cumplir con su función, la CIDH cuenta con diversos mecanismos tales como las visitas a los Estados, los informes sobre la situación de derechos humanos y el análisis de peticiones individuales que alegan violaciones de derechos humanos. Estas peticiones individuales pueden ser admitidas como casos, que luego de un procedimiento ante la misma Comisión pueden ser presentados por esta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos – con sede en Costa Rica. Las decisiones de la Corte IDH tienen carácter vinculante para los Estados. Las peticiones ante la CIDH pueden dar como resultado también soluciones amistosas (vinculantes únicamente para las partes, en algunos casos, han recomendado medidas de reparación que incluyen la devolución de tierras,¹¹ y en otros se han manifestado sobre el alcance de la consulta¹²), y medidas cautelares o provisionales (la CIDH ha concedido medidas cautelares en numerosos casos a personas pertenecientes a grupos indígenas por razones asociadas a la consulta previa, especialmente cuando se presentan violaciones como la intimidación y hostigamientos a líderes,¹³ los asesinatos¹⁴ y las desapariciones.¹⁵ Algunas de las medidas cautelares han sido pasos previos importantes a los pronunciamientos más detallados de la Corte Interamericana sobre el tema específico de la consulta,

¹¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

¹²En la solución amistosa del caso Mercedes Julia Huenteano Beroiza y Otras vs. Chile en el 2004, la Comisión reconoció la necesidad de hacer una consulta para el seguimiento y control de las obligaciones ambientales de una represa.

¹³Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchiraico y otros, Comunidad San Mateo de Huanchor, Perú, 2006.

¹⁴Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005.

¹⁵Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Sarayacu, Ecuador, 2003.

como fue el caso de las medidas expedidas a favor del pueblo Saramaka para evitar los daños relacionados a la extracción de recursos de sus territorios¹⁶).

1.5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)

La CorteIDH, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene por objeto conocer cualquier caso concerniente a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, y puede ejercer funciones consultivas sobre la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos en vigor en la región americana (artículos 62(3) y 64). Si en los casos que conoce decide que hubo violación de un derecho o libertad amparado por la Convención Americana, dispondrá que se garantice a la persona o grupo lesionado el goce de su derecho y, si fuera procedente, la reparación e indemnización (artículo 63).

La CorteIDH se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa en los siguientes casos: Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay; comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, el del pueblo Saramaka vs. Surinam y del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.¹⁷ La resolución de estos casos se hizo bajo una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana,¹⁸ la cual ha tenido como fuentes las principales normas, informes y jurisprudencia internacional de protección a los pueblos indígenas (CIDH; 2009, p. 115 y 116).

La CorteIDH ha generado una importante jurisprudencia mediante el desarrollo del contenido de los derechos de los pueblos indígenas a partir del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, extendió la protección que corresponde al derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de dicha convención, a la propiedad comunal, incluyendo el uso de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas utilizan tradicionalmente. Por dicha razón, esa corte ha sostenido que “los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural” (Corte; 2007, párr. 85).

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam, 2002.

¹⁷ Todos son importantes en el sentido que constituyen una fuente para desarrollar derechos claves de los pueblos indígenas. En particular, la sentencia del pueblo Saramaka vs. Surinam ha sido invocada frecuentemente dentro de los fundamentos de las decisiones de los tribunales nacionales, doctrina y propuestas normativas.

¹⁸ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (norma de interpretación) y artículos 31(1) y 31(2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (regla general de interpretación de los tratados).

En dicho contexto, los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte a sus territorios, tomando en consideración la especial relación que existe entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general, según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que son aplicables, asimismo, a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que generan un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas (CIDH; 2009, p. 108).

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas por ser estas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que los conforman (CIDH, 2009, p. 109).

La adopción, en el derecho doméstico, de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o - de otra forma- aclarar y proteger el territorio en el cual el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, debe ser realizada, mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas. La CorteIDH ha exigido consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas o tribales en casos de “elección y entrega de tierras alternativas, [y] el pago de una justa indemnización o ambos” (CIDH, 2009, p. 10).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, como forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos susceptibles de afectarlos, deben “propender ... [a] la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos [,] y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto,

proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración (CIDH, 2009, p. 112).

Es opinión de la CorteIDH que el cumplimiento del deber estatal de consulta se regule en el ordenamiento jurídico interno mediante medidas legislativas o administrativas, de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo, la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar una legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten a sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”. Para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas (CIDH, 2009, p. 117). El deber de los Estados es ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto sobre la base de los resultados de la consulta con los pueblos indígenas o, en su defecto, proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho (CIDH, 2009, p. 124).

En este sentido no cabe duda de que la apropiada comprensión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece un conjunto adicional de criterios a tomar en cuenta en la aplicación del derecho a la consulta.

A. Caso Saramaka vs. Suriname (2007)

El 23 de junio de 2006, la CIDH presentó una demanda contra Surinam ante la CorteIDH. La demanda había sido presentada seis años antes por las autoridades tradicionales de la comunidad tribal Saramaka. La acusación se refería a que Surinam no había tomado las medidas necesarias para garantizar el uso de los territorios poblados tradicionalmente por el pueblo Saramaka. El Estado había otorgado concesiones para la explotación forestal y minera en este territorio, sin consultar previamente a la población afectada, sin efectuar estudios de impacto ambiental y social, y sin garantizar la participación en los beneficios de las comunidades locales. Se habría violado así el derecho de propiedad de estos grupos. También se reclamó la falta de medidas legislativas y jurídicas para la protección de los derechos fundamentales de este grupo étnico.

En la sentencia, la CorteIDH invocó tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, como también las expresiones del entonces Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen. La Corte estableció que los Saramakas no son pueblos indígenas, en virtud de que recién en el marco de la

colonización en el siglo XVII los mismos fueron llevados como esclavos a Surinam; sin embargo, comparten importantes características con los pueblos indígenas, como lo son las tradiciones sociales, culturales y económicas comunes, que los diferencian de otros segmentos de la comunidad nacional, su identificación con su territorio tradicional y la administración (en parte) autónoma según normas, costumbres y tradiciones propias.

En virtud de las características mencionadas, la Corte Interamericana dictaminó que su jurisprudencia para pueblos indígenas también sería aplicable a los Saramakas. Debido a el pueblo Saramaka no es un pueblo indígena y Surinam no es un país suscriptor del Convenio N° 169 de la OIT, los derechos de esta comunidad tribal se derivaron de los tratados internacionales de derechos humanos y del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte argumentó que los Saramakas, aún sin el reconocimiento estatal, tienen derecho a los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente, para evitar su extinción como pueblo. El Estado tendría así el deber de respetar, garantizar y proteger sus modos tradicionales de vida, la identidad cultural, la estructura social, el sistema económico, las costumbres, las tradiciones y sus creencias.

La Corte dispuso en su fallo que Surinam debía tomar medidas para prevenir que se repitan violaciones a los derechos humanos de los Saramakas.¹⁹ Este caso sienta un claro precedente para el derecho a la consulta en toda la región. La Corte estableció en el fallo que, en caso de proyectos que ocupen grandes superficies, con considerables impactos sobre la población local, el Estado no solo debería consultar a dicha población, sino que debería obtener su consentimiento.²⁰ Asimismo aportó ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultase con el pueblo Saramaka “al menos, acerca de los siguientes seis asuntos” (CIDH, 2009, p. 10):

¹⁹El Estado en coordinación con los Saramakas, les debe otorgar títulos de propiedad colectivos y la tierra respectiva debe ser demarcada. Previo a ello, el Estado no puede adoptar ninguna medida en este territorio sin el consentimiento previo, libre e informado, y debe evitar posibles actividades de otros actores privados en dicho territorio. Las concesiones ya otorgadas deben ser nuevamente revisadas a la luz de la decisión de la Corte, con el fin de decidir si se requieren cambios para asegurar la supervivencia de los saramakas. La legislación de Surinam debe ser reformada, con el fin de garantizar los derechos de los saramakas. Deben adoptarse medidas legislativas y administrativas para garantizar el derecho de los saramakas al consentimiento informado y a la apropiada participación en los beneficios. El Estado también debe asegurar que en el futuro se ejecuten estudios de impacto ambiental y social a cargo de instituciones independientes y técnicamente competentes antes de que puedan ser otorgadas concesiones en el territorio de los saramakas. Sobre esta base, deben adoptarse medidas para minimizar los impactos negativos. Surinam debía indemnizar a los saramakas por un monto de USD 75.000 por daños materiales, y de USD 600.000 por daños inmateriales. Estos pagos debían efectuarse a un fondo de desarrollo a favor de los saramakas.

²⁰ Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

- El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka.
- El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
- En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social.
- En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka.

B. Caso Sarayaku vs. Ecuador (2012)

El 19 de diciembre de 2003 la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku presentó una petición a la CIDH para que su caso sea tratado. Se refería a la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo Kichwa, sin haber consultado apropiadamente a las comunidades afectadas. Por primera vez, una delegación de magistrados de la Corte Interamericana viajó, en julio de 2012, a la región afectada para hacerse una idea de las repercusiones de las actividades y para hablar con los afectados. Se incriminó a la empresa petrolera por haber realizado gestiones directamente con los miembros de las comunidades, sin haber tenido en cuenta a sus instancias representativas con poder de decisión. Además, se habrían prometido proyectos sociales y puestos de trabajo a las comunidades con el fin de que las mismas estuvieran a favor del proyecto. Numerosos miembros de los sarayakus manifestaron su crítica respecto de que la empresa habría tratado de manipular y dividir a la población local. A partir de todo ello, la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku se opuso a las actividades planificadas.

En dicho orden de ideas, la Corte Interamericana incorpora por primera vez el concepto de identidad cultural y lo vincula a la “propiedad comunal” de los pueblos indígenas. Así, la sentencia indica que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, deben respetar ciertas pautas (Corte; 2012, párr.156). Por lo tanto, cuando la propiedad comunal indígena y la

propiedad privada particular entraran en contradicciones reales o aparentes, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen las pautas para definir las restricciones admisibles, las que deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y, con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, no implicar una denegación de la subsistencia como pueblo, y, tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de la comunidad indígena, se exige además al Estado verificar que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena.

Por otro lado, en los fundamentos 178 y siguientes, la Corte Interamericana lo que considera, a la luz de la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del derecho internacional, los elementos esenciales del derecho a la consulta. Constituye, por cierto, una obligación de los Estados demostrar que se han cumplido con cada uno de ellos. A saber: (a) el carácter previo de la consulta, (b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, (c) la consulta adecuada y accesible, (d) el estudio de impacto ambiental y (e) la consulta informada. En relación con los estudios de impacto ambiental, aquí mencionados, la Corte indicó que los estudios de impacto ambiental sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad indígena. Su objetivo no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

Finalmente, la Corte establece que las actividades de la empresa petrolera violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad comunitaria.²¹ El Estado ecuatoriano fue declarado responsable por violación a los derechos, por haber celebrado el contrato con la empresa sin haber realizado la consulta previa ni obtenido el consentimiento de la población afectada, y por no impedir que la empresa realice sus actividades en territorio indígena. La Corte subrayó que en adelante no podrá realizarse ninguna actividad en Ecuador y en el territorio de los sarayakus sin llevar a cabo la consulta previa apropiada.²²

²¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

²² La Corte Interamericana ordenó a Ecuador que el derecho a la consulta debía estar regulado en la legislación nacional, que debía capacitarse a los funcionarios estatales al respecto, que el Estado debía disculparse públicamente por la violación a los derechos humanos de los sarayakus y que la sentencia judicial debía ser difundida en los medios públicos. Por los daños materiales causados, Ecuador debía pagar USD 90.000 a la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, los cuales se deberán invertir en proyectos de desarrollo. Por los daños inmateriales causados por las actividades, como el cambio negativo en las condiciones de vida, la identidad cultural y el territorio, la Corte Interamericana determinó el pago de USD 1.250.000 que debían ser transferidos a la Asociación. Estos pagos por concepto de

1.6. Otros Organismos Internacionales

1.6.1. Directrices de organismos financieros internacionales

Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han fijado directrices y estándares para la aplicación obligatoria de la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas que tienen dos tipos de implicaciones: condicionan los préstamos para determinados proyectos a su cumplimiento o sirven como mecanismos de autoevaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos. Dichos pronunciamientos constituyen “derecho blando”, por lo tanto, no son jurídicamente vinculantes para los Estados, y su cumplimiento depende del control y monitoreo que hagan los mismos organismos. Sin embargo, resultan pertinentes por tres razones: porque dichos organismos suministran crédito a proyectos de desarrollo que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y sus territorios; la misión institucional de tales organismos tiene relación directa con el desarrollo económico y la pobreza y, por tanto, atañe a los pueblos indígenas; y sus posturas y políticas formales pueden servir como herramientas políticas para los pueblos indígenas y sus aliados, quienes pueden utilizarlas para ejercer presión sobre los organismos y los Estados en los cuales financian proyectos.

Por otro lado, la ventaja de estas directrices en relación al derecho internacional es su grado de operatividad. Las mismas traducen el derecho a la consulta para proyectos concretos de desarrollo y/o inversión y establecen instrucciones precisas de procedimiento. Por ejemplo, el Banco Alemán de Desarrollo (KfW) adoptó, en sus “Directrices de sostenibilidad”, normas sobre participación del público y sobre grupos indígenas y vulnerables (2011). Muchos bancos privados, entre ellos el KfW, también adhirieron a los Principios del Ecuador, un reglamento voluntario de los bancos para el cumplimiento de estándares ambientales y sociales en el ámbito de financiamiento de proyectos.

A. Banco Mundial

El Banco Mundial ha emitido varias políticas operacionales sobre su funcionamiento, algunas de las cuales establecen criterios para la realización de la consulta previa con pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo financiados por el banco.

indemnización han de servir al fomento del desarrollo autodeterminado, conforme a las prioridades de desarrollo de las comunidades del pueblo de Sarayaku. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Por otro lado, la Corporación Financiera Internacional (CFI) - institución afiliada con el Banco Mundial-, ha emitido varias recomendaciones sobre las prácticas del sector privado en cuanto a las consultas que realizan con los actores afectados por sus proyectos.

B. Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

El BID cuenta con una Política Operativa sobre pueblos indígenas, que tiene como objetivo potenciar la contribución de dicha institución financiera internacional al desarrollo de los pueblos indígenas mediante el apoyo a los gobiernos nacionales de la región (BID, 2006, p. 6). La política contiene las siguientes dos series de directrices: a) apoyo al desarrollo con identidad y b) salvaguardar a los pueblos indígenas y sus derechos.

1.6.2. Declaraciones de compromiso voluntario de empresas transnacionales

Actualmente, numerosas empresas petroleras, gasíferas y mineras expresan, por medio de posturas públicas y/o en sus declaraciones de compromiso para la observancia de las directrices sociales y ecológicas que, en el marco de sus actividades, cumplirían con el principio de la consulta previa o del derecho de Consulta Previa Libre e Informada (CPLI) (Voss y Greenspan 2012).

Además existen guías que orientan la actuación de empresas y organizaciones con respecto a comunidades y poblaciones afectadas por sus proyectos. John Ruggie, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, las Empresas Transnacionales y Otras Empresas desde 2005 hasta 2011, elaboró los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”.²³ Este documento influyó sobre otras guías como el ISO 26000 que define líneas generales en materia de Responsabilidad Social establecidas por la Organización Internacional para la Estandarización. Estas normas transnacionales contienen diversas interpretaciones acerca de la realización de consultas con grupos afectados por actividades empresariales. Sin embargo, ni la guía formulada por Ruggie, ni el ISO 26000 incluye el derecho a la Consulta Previa Libre e Informada o establece que las empresas deberían llegar a acuerdos con los grupos afectados por sus proyectos (Vanclay y Esteves; 2012, p.9). Además todas estas normas son de referencia y no legalmente vinculantes.

II. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

El principio de “libre, previo e informado” es un concepto integral del enfoque de la Consulta a los Pueblos Indígenas. El artículo 6 del Convenio 169 establece que se trata de una disposición básica, sobre la cual recae la normatividad e interpretación que al respecto se ha desarrollado, en términos

²³ Véase http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR (1989, párr. 6). Se trata de un artículo medular sobre el cual reposa la aplicación de las demás disposiciones. Obliga a los Estados parte a implementar procedimientos apropiados que permitan a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, ejercer el derecho a ser consultados sobre los diversos aspectos que recoge el Convenio. Si bien no señala el procedimiento, su segundo párrafo establece que debe realizarse de buena fe y respondan de forma apropiada a las circunstancias. Se señala que la consulta tiene como finalidad lograr un acuerdo o el consentimiento, y que deberá ser aplicada sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene una redacción muy similar al 6.2 del Convenio 169, no obstante, la Declaración establece como objetivo de la consulta el «consentimiento libre, previo e informado».

- **Elementos del consentimiento libre, previo e informado**

Según la clasificación que hacen Benavente y Meza (2010, p. 58), las características más importantes del consentimiento libre, previo e informado son:

Libre: Implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación.

Previo: Implica que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta y consenso con los pueblos indígenas.

Informado: Implica que se suministre información que abarque, por lo menos, los siguientes aspectos:

- a) La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- b) Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad.
- c) La duración del proyecto y/o actividad.
- d) Los lugares de las zonas que se verán afectados.
- e) Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluido los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- f) El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto, incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas.

g) Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para ser previa, la consulta debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución (CIDH, 2009, p. 117). Este es un criterio clave, pues la decisión sobre la ubicación temporal del proceso de consulta en el marco de proyectos de inversión o medidas complejas es crucial para asegurar de la mejor manera la incorporación del punto de vista de los pueblos indígenas en las decisiones estatales correspondientes. Es preciso tener en cuenta que muchas veces las decisiones en un proyecto se dan en distintos niveles, algunas que afectan a todo el proyecto, otras que son de implementación, por ejemplo la construcción de un puente de obra que cruce terrenos comunales, todas estas decisiones pueden afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas; es por esto necesario que la consulta sea un proceso permanente, siendo previa y adecuada en tiempo, naturaleza y sujeto respectivamente.

En lo que respecta a que la consulta debe ser informada, significa que la información deba ser proporcionada en forma clara, completa, en el idioma de la comunidad indígena y correspondiente a la medida que, en el caso de actividades extractivas o proyectos de desarrollo, contendrá el estudio de impacto ambiental. Estos estudios se constituyen en un elemento clave para la realización de un óptimo proceso de consulta, porque promueven la igualdad entre las partes, la manifestación de una opinión consistente y seria y la plena vigencia del principio de buena fe y confianza entre los involucrados en el proceso (Alva; 2014, p. 76). En el mismo sentido, la CIDH indica que es informada siempre que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos aquellos de carácter ambiental y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria, lo que descansa en una comunicación constante entre las partes (CIDH, 2009, p. 120).

A pesar de los importantes aportes del derecho internacional, la realización de procesos de consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado son procesos complejos y conflictivos, pues los estándares establecidos muchas veces dejan un amplio margen de discrecionalidad al Estado en la toma de decisiones, que en la mayoría de los casos no ha resultado en procesos exitosos de consulta (Rico, 2009). Esto resulta problemático en tanto que la noción predominante de desarrollo que persigue la mayoría de Estados, como lo resalta Raquel Yrigoyen (2010, 15), “[h]a condenado como ‘retrasado’ o ‘primitivo’ a todo aquel que no responda a una lógica de progreso lineal. Ha estereotipado como ‘inferiores’ a pueblos y personas, a través de técnicas racistas y

sexistas, desde una supuesta superioridad construida para legitimar el colonialismo. Ha minusvalorado como ‘local o particular’ lo que no responde a la cultura occidental que, a sí misma, se considera universal. Y ha descalificado como ‘improductiva o estéril’ a toda forma de vida social, o uso de la tierra o relación con la naturaleza que no responda a la lógica de la producción de mercado”, es así que para la aplicación efectiva del Convenio 169 sobre la finalidad de obtener un consentimiento libre, previo e informado, se necesita la creación de instituciones fortalecidas a nivel estatal y de una organización fortalecida de los pueblos indígenas, que garanticen la construcción de un diálogo y entendimiento a largo plazo.

III. CONSULTA, CONSENTIMIENTO Y VETO

6.1. ¿Consulta o Consentimiento?

Consulta y consentimiento, ambos son derechos autónomos y ambos están regulados en el Convenio 169 y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. La consulta abre un espacio de diálogo, en el cual los pueblos indígenas tienen la posibilidad de expresar su posición y el Estado de considerar sus opiniones, aunque sean contrarias a la medida propuesta. Es decir, la consulta promueve que el gobierno atienda a los verdaderos requerimientos de los pueblos indígenas afectados, que reflexione sobre ellos y que emita una decisión fundada en caso que decida ejecutar la medida a pesar de su negativa u observaciones (CIDH; 2009, párr. 285). En el consentimiento el estándar es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su *consentimiento* libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten; y, en el supuesto de que los pueblos indígenas decidan no otorgarlo, se sostiene el deber de los Estados de respetar esta negativa (ONU; 2012, párr. 26).

Estos casos – en los cuales es necesario el consentimiento- se fundamentarán en la protección de la propia subsistencia del pueblo indígena. Siendo así, “el requisito de consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión con el derecho a la vida, la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales” (CEACR; 2009). De esta manera, en la actualidad existen tres supuestos identificados en los cuales se deberá obtener el consentimiento de los pueblos consultados: a) en caso de desplazamiento forzoso (el artículo 12(1) del Convenio 107, en el artículo 16(2) del Convenio 169 y en el artículo 10 de la Declaración), b) en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas (el artículo 29(2) de la Declaración; el artículo 6 del Convenio 169, reconoce como único fin de la consulta previa llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas; el artículo 19 añade el carácter “previo e informado”; el artículo 32 de la

Declaración reconoce al derecho de los pueblos indígenas a que se respete su propia visión y estrategias de desarrollo para cualquier plan, programa o proyecto), y c) en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala (artículo 28 de la Declaración).

El derecho al consentimiento está siendo desarrollado, de esta manera la CorteIDH lo ha distinguido del derecho a la consulta, considerándolo como una salvaguarda reforzada de derechos esenciales, necesarios para asegurar la existencia de los pueblos indígenas (CIDH; 2009, párr. 286 y 287) ante el impacto de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala sobre sus territorios, tierras y recursos naturales. El nivel de tal impacto será determinante para que el consentimiento sea exigible (CIDH; 2009, párrs. 330). En suma, el requerimiento del consentimiento variará de acuerdo a la importancia, índole y repercusión que pueda tener la medida sobre los derechos y supervivencia de los pueblos indígenas (ONU; 2009, párrs. 22-25). El Relator James Anaya sostiene que la importancia de lograr el consentimiento variará según las circunstancias e intereses que estén en juego. Si existe la posibilidad que la medida ponga en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad, entonces se establecerá una presunción sólida que prohibirá proceder con la medida (ONU; 2009a, párr. 47). En caso de que no existiese tal peligro y si aún la comunidad no ha manifestado su consentimiento, el Estado podrá proceder con la medida en base al interés público y tomando las precauciones del caso para mitigar cualquier impacto nocivo a la comunidad.

Según diversos organismos de derechos humanos, los casos en los cuales los pueblos indígenas deben otorgar su consentimiento están relacionados a la utilización de sus territorios para el desempeño de actividades extractivas, los traslados forzosos, la distribución de beneficios de estas actividades, el establecimiento de parques o reservas naturales²⁴ (ONU; 2010, párr. 34) o en los que se pretendan utilizar sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.²⁵

El consentimiento es considerado como un derecho y como un principio y su ejercicio es demandado con mayor fuerza por las organizaciones indígenas en los foros internacionales y en los espacios nacionales, inclusive se ha llegado a afirmar que la consulta y participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento. El actual Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas James Anaya en el documento²⁶ propone seis principios, que pueden ser

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párrs. 18, 25 y 221

²⁵ Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas.

²⁶ "Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile"

atendidos por los países de acuerdo a sus propias condiciones, y tal como lo establece el artículo 34 del Convenio 169: 1. Debe realizarse con carácter previo; 2. No agotarse con la mera información; 3. Debe ser de buena fe; 4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente; y 6. Debe determinarse su alcance (Anaya; 2009, p. 5 -11).

6.2. La Consulta y el poder de Veto

La OIT no ha establecido que los pueblos indígenas tengan derecho a veto, es decir, si no hay acuerdo o consentimiento, el Convenio 169 no otorga a los consultados un derecho a veto que supere la soberanía del Estado, por lo que queda en éste la decisión final. Sin embargo, ello no debe interpretarse como sinónimo de desvalorización de los acuerdos a los que se haya llegado, ni de la firmeza de los requerimientos para que sea genuinamente libre, previa e informada. Si se ha logrado un acuerdo o el consentimiento, éste sí es vinculante. También si no lo hubiera, pues es obligatorio que el Estado tome en cuenta la realidad que se vive en el pueblo consultado al momento de tomar una decisión, y que esta sea adecuadamente motivada, es decir, debe explicar por qué la adopta pese a la negativa de los pueblos indígenas.

Por su parte, el Relator Especial James Anaya, ha afirmado que “Hablar de un derecho de veto en tal sentido, cuando se trata de asuntos que puedan ser de interés legítimos no solo por la parte indígena sino también para la sociedad nacional en general, no es coherente con la norma de consulta participativa que se incorpora en la normativa internacional” (Anaya; 2010, pt.1).

La consulta permite al Estado conocer las verdaderas necesidades de los pueblos indígenas y contar con herramientas que lo lleven a incorporar ese enfoque al momento de evaluar una medida. Por ello, la consulta, antes que por su resultado, es valiosa por el proceso mismo, por la construcción del diálogo; aunque deberían establecerse consecuencias penales y/o administrativas si el Estado no toma una decisión adecuada ni exige que las observaciones sean sustentadas para dar legitimidad a una decisión.

IV. ALGUNOS TEMAS VINCULADOS A LA CONSULTA

8.1. Los pueblos indígenas y los pueblos tribales

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías así como la de “pueblos tribales”, por esta razón, es

necesario identificar los criterios bajo los cuales se puede designar como indígena o tribal a un determinado grupo humano.

8.1.1. Pueblos indígenas

No existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos humanos (OIT; 2009, p. 9). Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos, ni la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección, han determinado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, se han consagrado criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y otros (OIT; 2008. P. 8 y ss.).

El artículo 1.1.(b) del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Por otro lado, el artículo 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

En la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; e (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena (OIT; 2009, p. 9).²⁷

²⁷ Según se establece en el artículo 1.2 del Convenio 169, el elemento subjetivo es un criterio fundamental para la clasificación de un grupo como indígena. El Convenio combina ambos grupos de elementos para llegar a una determinación en casos concretos.

Otro estudio, del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas, concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” incluyen: (i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. Estos factores, advierte el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva; sino que son, más bien, factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo cual pueden proveer guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica (ONU; 1996, párr. 69 y 70). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a su vez, opta por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

8.1.2. Pueblos tribales

Un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (Corte; 2007, párr. 79). Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.(a) del Convenio 169.

Al igual que con los pueblos indígenas, la determinación de cuándo un grupo en particular se puede considerar como “tribal” depende de una combinación de factores objetivos y subjetivos. Según ha explicado la OIT, los elementos objetivos de los pueblos tribales incluyen (i) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en sus formas de sustento, lengua, etc.; y (ii) tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial. El elemento subjetivo consiste en la identificación propia de estos grupos y de sus miembros como tribales. Así, un elemento fundamental para la determinación de un pueblo tribal es la auto-identificación colectiva e individual en tanto tal. El criterio fundamental de auto-identificación, según el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, es igualmente aplicable a los pueblos tribales (OIT; 2009, p. 9).

Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros. Para la CIDH, “el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad” (Corte; 2007, párr. 78).

8.2. La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos

La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos se puede analizar en tres niveles: en relación de género-especie con el derecho a la participación política, como mecanismo procedimental, y en la interrelación del derecho a la consulta con el llamado “derecho al desarrollo”.

En relación con el primer punto, la Corte ha desarrollado una importante jurisprudencia respecto de la participación de las comunidades indígenas en toda toma de decisiones sobre sus tierras, participación que requerirá, a su vez, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos o comunidades indígenas. Al respecto, tal como señala Ruiz (2007, p. 225) “debe garantizarse la representación de los grupos étnico culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos” y precisa que ello no se agota en la representación en instancias estatales, pues “los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés”. Solo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos [,] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en que habitan” (Ruiz; 2007, p. 226). Por otro lado, la consulta previa no solo afecta el derecho de propiedad; si la consulta estuviera vinculada a medidas educativas, la interrelación se presentaría entre el derecho a la educación, participación e identidad cultural.

De esta manera, el derecho a la consulta resulta un derecho procedimental que hace viable el ejercicio de otros derechos indígenas (Clavero; 2012). Mantiene una marcada interdependencia con otros derechos que no pueden interpretarse de forma aislada, toda vez que ello es incompatible con la naturaleza interdependiente e indivisible del conjunto de derechos (Ruiz y Roel; 2011, p. 37 y 133).

El derecho a la consulta adquiere roles sustantivos porque con su ejercicio se ve tutelada la supervivencia de los pueblos indígenas, presupuesto de todos sus demás derechos (Benavente y

Meza; 2010; p. 67). Pero además, en tanto derecho en sí mismo, el derecho a la consulta debe respetar el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación. Asimismo, debe anotarse la necesidad de otorgar a los pueblos indígenas toda la información necesaria para que puedan tomar posición, brindándoles un adecuado acceso a la información. Este adecuado acceso implica también el tiempo suficiente para elaborar la información, asesorarse técnicamente y tomar decisiones internas estratégicas y sustantivas.

En segundo lugar, es importante recordar que las garantías del debido proceso se extienden a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. Ello en la medida de que la finalidad de un sistema o mecanismo de protección de derechos no tendría un efecto útil (*effet utile*) si no se incluyen los diversos procedimientos que puedan afectar los derechos humanos. Esto se explica por la necesidad de brindar salvaguardas fundamentales a todo procedimiento en el que potencialmente se afecten derechos (Benavente y Meza; 2010; p. 85).

Finalmente, bajo el paradigma del derecho al desarrollo, es innegable el papel que juega la consulta en materia de derechos de los pueblos indígenas. De acuerdo con el preámbulo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo,²⁸ este se configura como derecho humano inalienable, entendiéndolo como el “proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Declaración lo postula como un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales; a contribuir a ese desarrollo; y a disfrutar de él.

En este contexto, el desarrollo como derecho humano apuesta a ser un proceso que conlleve no solo el crecimiento económico, sino algo más amplio, llamado “bienestar general”, concepto íntimamente relacionado con los de “equidad” y “justicia”. Se trata, por tanto, de un proceso dinámico en el que los elementos que constituyen el desarrollo son interdependientes. Sengupta (CDH; 1999, párr. 67) también ha descrito este proceso como la mejora de un “vector de los derechos humanos” compuesto por varios elementos. Cada elemento del vector es un derecho humano, como lo es, a su vez, el propio vector, en la medida que el derecho al desarrollo forma parte integrante de los derechos humanos. De esta manera, la mejora en la realización del derecho al

²⁸ Cf. resolución 41/128 de la Asamblea General, del 4 de diciembre de 1986.

desarrollo se definiría como la mejora de todos los elementos del vector (es decir, de los derechos humanos), o como mínimo de uno de sus elementos. Asimismo, dado que los derechos humanos son inviolables y que entre ellos no existe prelación, la mejora de cualquiera de los derechos no puede menoscabar a otro. En razón de ello, la condición para mejorar el derecho al desarrollo es fomentar o mejorar la realización de un número mínimo de derechos, sin deteriorar o violar los demás.

En este marco teórico, donde el desarrollo se alcanza a partir del disfrute pleno de todo el catálogo de derechos, la consulta emerge, en su doble carácter de derecho sustantivo e instrumental, como la garantía necesaria para que las medidas adoptadas en aras del desarrollo de los pueblos indígenas sean efectivas y genuinas.

8.3. El alcance territorial y de recursos en la Consulta

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”, tal como lo ha confirmado la Corte Interamericana (Corte; 2007, nota al pie 63)²⁹. El Convenio 169, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

La CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”(CIDH; 2009b, párr. 160), por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general” (CIDH; 2009b, párr. 160). La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural” (Corte; 2005, párr. 120(h)). En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye

²⁹ Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente.

tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines” (CIDH; 2004, párr. 129); los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo (Corte; 2007, párr. 114).³⁰

Por otro lado, respecto a los recursos naturales, estos se definen como sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales. En este sentido se consideran de vital importancia para la vida y el desarrollo de los pueblos, por lo tanto también les corresponde un margen de protección, y cuando se vayan a afectar es necesario hacer una consulta sobre ellos.

8.4. Los aspectos de la reparación

La violación del derecho a la consulta previa, bien sea por la realización de una consulta inadecuada, bien sea por la omisión completa de una consulta a la población afectada por una medida o proyecto, resulta en una obligación de reparar las víctimas de dicha violación. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos del derecho internacional, y adquiere características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones a sus derechos.

8.4.1. Deber general de reparar

El principio general de derecho internacional del deber de reparar los daños causados por violaciones del derecho internacional quedó establecido desde 1928, con un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el caso Usine de Chorzow, que afirmó que “es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada” (CIPJ; 1927, p. 29.).

³⁰ La Corte Interamericana ha explicado en este sentido que “...el alcance del ‘respeto’ al derecho al territorio de los miembros [de un pueblo indígena o tribal] [no se limita] a, únicamente, sus ‘aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas’. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no solo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”

La consiguiente responsabilidad de los Estados de reparar las violaciones que cometan, ha sido afirmado durante décadas por órganos e instrumentos internacionales y regionales como uno de los pilares fundamentales del derecho internacional. De acuerdo con los principios y directrices básicos sobre reparación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” (ONU; 2005b, principio 15). Este instrumento entiende por “víctima de una violación [...] a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario” (ONU; 2005b, principio 8).

El deber general de reparar también está contemplado en varios instrumentos de derecho internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ONU; 1966, art. 2). Esta segunda establece el deber del Estado de reparar de la siguiente manera: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (OEA; 1969, art. 63.1).

Por su parte, la Corte Interamericana también ha cristalizado y afirmado el deber de reparar a través de una serie de fallos, que han indicado que “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los pilares fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta Corte [...] y la jurisprudencia de otros tribunales” (Corte; 1989, párr. 25). Adicionalmente, la Corte Interamericana ha destacado que el Estado no puede eludir esta responsabilidad de reparar basándose en su derecho interno (Corte; 2005, párr. 181).

8.4.2. Formas de reparación

En el derecho internacional, se han desarrollado diferentes medidas de reparación con objetivos distintos, tanto para daños económicos, y aquellos que vulneran la dignidad u otros derechos de las personas o grupos. Existen cinco medidas de reparación pecuniaria y no pecuniaria: 1) la indemnización, que busca reparar los perjuicios “económicamente evaluables”, tales como los

daños materiales, morales, pérdida de oportunidades, lucro cesante, gastos en asistencia jurídica, entre otros; 2) la restitución, que busca el restablecimiento de la situación de la víctima anterior a la violación de sus derechos; 3) la rehabilitación, que se basa en servicios médicos, psicológicos, jurídicos y sociales; 4) la satisfacción, que cuenta con varias medidas como aquellas que se deben tomar para hacer cesar la violación o lograr la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y los cadáveres de personas asesinadas, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas a través del reconocimiento público, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas y la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones; y 5) las garantías de no repetición, de las cuales hacen parte las medidas encaminadas a lograr un control efectivo sobre las autoridades, sean civiles o militares, el fortalecimiento del sistema judicial, la revisión y reforma de leyes, la educación, la promoción de códigos de conductas y normas éticas, entre otras (Rodríguez, Morris y otros; 2010, p. 89).

Por último, es importante hacer una aclaración sobre la relación entre el derecho a la reparación, por un lado, y el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios de la explotación económica, por el otro. Aunque en algunas ocasiones la Corte Interamericana ha manifestado que la participación en beneficios puede hacer parte de la reparación,³¹ se trata de derechos independientes. Por tanto, no es necesario que exista un deber de reparar para que el pueblo afectado tenga derecho a participar de los beneficios. El Convenio 169 es enfático en separar ambos derechos, pues señala que 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” (OIT; 1989, art. 15,2).

³¹ Ver, p. ej., Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

CAPITULO II: LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERU Y SU REGLAMENTO

Durante los últimos años, la conflictividad social en el Perú aumentó considerablemente y su manejo inadecuado contribuyó a crear inestabilidad e inseguridad en el país. Según información de la Defensoría del Pueblo, sistematizada por el Instituto de Defensa Legal, en el año 2010, de los conflictos sociales existentes en cada región del país, el 44% de las disputas activas y latentes correspondía a casos donde no se había realizado un proceso de consulta previa (DPLF/IDL/Seattle University School of Law; 2010, p. 46-48). Estas cifras, evidenciaron la necesidad de adoptar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y que la consagre como un requisito previo a la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de los pueblos indígenas.

Entre los principales problemas relacionados con la falta de consulta previa a pueblos indígenas, que desencadenaron conflictos, se encontraron el temor a una posible contaminación y deterioro del medio ambiente; la falta de acuerdos sobre las medidas que se adoptarían en este caso; las compensaciones económicas que se recibirían; la magnitud de la afectación de los territorios; los posibles daños a la salud; el uso del agua; la responsabilidad de las empresas y del Estado frente a estos problemas y la falta de mecanismos para hacer valer la consulta, así como el incumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas con los pueblos indígenas.

I. LOS PRIMEROS PASOS, UNA MIRADA A LOS INICIOS

1.1. Los orígenes del conflicto

En el Perú los pueblos indígenas amazónicos³² han visto cómo sus condiciones de vida se han ido deteriorando a medida que la sociedad nacional ha incursionado en sus territorios tradicionales a través de colonizaciones agropecuarias o especulativas, la libre explotación de los recursos naturales, la construcción de vías de penetración y otras perturbaciones. La destrucción de la Amazonía por la vía de una profusión de proyectos definidos como iniciativas para el desarrollo de interés nacional es alarmante (Dourojeanni y otros; 2009).

Esto condujo a un notorio deterioro de su seguridad alimentaria, y afectó gravemente lo que hoy los pueblos indígenas definen como "el antiguo buen vivir". Además, los servicios implementados por el Estado en educación y salud han contribuido a profundizar los efectos disolventes que en las culturas indígenas han tenido las presiones culturales de estos proyectos externos a ellos.

³² Los Pueblos Amazónicos son Pueblos Originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. A diferencia de los Pueblos Andinos que son Pueblos Originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa.

En los últimos quince años el ritmo de otorgamiento de concesiones petroleras y gasíferas en todo el territorio amazónico se ha acelerado. Se ha lotizado³³ el 75% de la Amazonía peruana, y se han concedido lotes petroleros por 56 millones de hectáreas. A partir del año 2006, las comunidades indígenas comenzaron a reaccionar a estos proyectos y decretos legislativos formulados por el poder Ejecutivo de manera inconsulta. Uno de los casos paradigmáticos es el de los Awajún³⁴ y Wampis³⁵, en cuyo territorio se dieron los acontecimientos del 5 de junio de 2009, que se describirán más adelante.

Por otro lado, el discurso del "Perro del Hortelano" formulado en octubre y noviembre del 2007 por el entonces Presidente Alan García, puede ser pensado como el momento en que "se azuzan" las tensiones con los pueblos indígenas amazónicos. En el mismo, se comparaba a las comunidades nativas y campesinas con el "perro del hortelano", a las que consideraba como reliquias que obstaculizan el desarrollo del Perú. Asimismo, proponía liberar las tierras ociosas de los comuneros "en grandes lotes" para ponerlas en manos de inversionistas capaces de hacerlas producir.

En lógica consumación del anuncio presidencial, el gobierno formuló un conjunto de normas, conocidas como el paquetazo del TLC,³⁶ al amparo de la facultad legislativa otorgada por el Congreso de la República para facilitar la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, pero excediendo largamente el objetivo que justificó la delegación de poderes. En ese contexto, los decretos promulgados no solo no fueron consultados sino que, como respuesta a las fuertes reacciones de los diferentes sectores rurales, fueron ocultados de manera sistemática, incluso al propio Congreso de la República, hasta el mes de junio del 2008, cuando se emitieron ya de manera definitiva. De esta manera, era un terreno abonado para el conflicto; las organizaciones indígenas empezaron a planificar un paro nacional en respuesta.

Hasta el 25 de mayo de 2009 la Policía Nacional del Perú (PNP) había elaborado un Plan General de Operaciones (PGO) que tenía como objetivo reprimir las acciones de lo que sería el "Paro Amazónico 2009". El punto de concentración de los manifestantes fue, hasta el 25 de mayo, la

³³ Situación sin un proceso de consulta previa a los pueblos indígenas.

³⁴ El pueblo aguaran o **awajún**, es una etnia de la selva amazónica peruana. Los aguarunas descienden de los fieros jíbaros, guerreros formidables que defendieron incansablemente su libertad y que, por lo mismo, se mantuvieron durante mucho tiempo fuera del alcance y el conocimiento del hombre occidental. Así, se enfrentaron a las invasiones incaicas, que no lograron someterlos. Tampoco los pudieron adoctrinar los sacerdotes, especialmente jesuitas y dominicos, muchos de los cuales murieron en el intento.

³⁵ Los pueblos wampís habitan la región en torno a la Zona Santiago Comaina pertenecen a la gran nación jíbara ubicada en ambos lados de la frontera del Perú con Ecuador.

³⁶ En junio del 2008, el boletín oficial del Gobierno sacó una de las ediciones más voluminosas de su historia, que contenía decenas de decretos legislativos promulgados por el Ejecutivo, entre ellos el paquete de 11 leyes que afectaban a la Amazonía, bautizados por los 'perros del hortelano' -para García- como 'la ley de la selva'.

zona de la Estación de Bombeo N° 6 de Petroperú del Oleoducto Norperuano, las comunidades Awajún y Wampis decidieron bloquear un tramo de la carretera Fernando Belaúnde Terry, entre los km 200 y 202 en la denominada zona de la “Curva del Diablo”, a partir del día 26 de mayo, para visibilizar la protesta y presionar al Congreso a ocuparse de la inconstitucionalidad de los decretos.³⁷

El día 02 de junio de 2009, después de que se supo que la Comisión de Constitución del Congreso no abordó el tema de los decretos, hubo un preacuerdo de repliegue a la Estación N° 6, localidad en la que había permanecido un núcleo de manifestantes. El 3 de junio de 2009 miembros de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) se reunían con diversas bancadas del Congreso, con resultados positivos, para lograr un compromiso que permitiera levantar el paro. Sin embargo, el procedimiento adoptado y el frágil argumento empleado para eludir la demanda de anulación de los decretos legislativos no dejaba dudas acerca de que el movimiento indígena se vería obligado a persistir en su demanda.

Se sabe que en la tarde del jueves 4 de junio había gran inquietud tanto en la zona bloqueada de la carretera como en las ciudades de Bagua Grande, Bagua y en Jaén, localidades donde la noticia había generado fuertes reacciones de solidaridad con los indígenas, ante la inminencia de un operativo que las autoridades no parecían estar dispuestas a detener a favor de una solución no confrontativa. A lo largo del 4 de junio los coordinadores de los grupos comunales pasaron la tarde haciendo consultas a los miembros apostados en la carretera para ver si se aceptaba adelantar el retiro y sostener en la noche una reunión del Comité de Lucha. Dicha reunión se realizó a partir de las 10 p.m., donde se habría ratificado unánimemente la decisión de replegarse libremente (Comisedh; 2013, p. 99).

1.2. Los sucesos en Bagua

1.2.1. La Curva del Diablo

El operativo de la policía fue programado para iniciarse a las 5 a.m. Antes esta situación, distintos grupos de indígenas, tomaron la iniciativa de subir a los cerros para disuadir un ataque de la policía. Sin embargo, el ascenso de estos manifestantes fue interpretado por la policía como un

³⁷ Esta fue la actitud con que los comités comunales acudieron luego al bloqueo de la Curva del Diablo. El padre de uno de los primeros Awajún fallecidos en el cerro señala que antes de partir hacia la Curva del Diablo, su hijo Jesús le dijo que iba "cantidad de gente para que deroguen la ley... sabiendo que con buena manera vamos a solucionar el problema...buenamente para regresar". *Reunión de la Comisión en Santa María de Nieva (Nº 4), 09.10.09*. Audios de la Comisión. El 15.05.09, después del desalojo, los representantes del Comité de Lucha de Amazonas y la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DIROES) y firmaron un acta de compromiso para evitar las agresiones de parte de las fuerzas policiales (<http://www.servindi.org>).

ataque, a pesar de que estaban a pecho descubierto y en un lugar abierto, sin posibilidad de protección. Cuando los manifestantes llegaron al cerro, fueron disuadidos por la policía con disparos de gas, un efectivo que parecía dirigir el grupo les gritó "¡márchense!" y los amenazó con emplear los AKM que todos esos efectivos policiales llevaban consigo; ante esto y en respuesta los manifestantes empezaron a tirar piedras (Comisedh; 2013, p. 112). Momentos más tarde se escucharon tiros de fusil que provocaron la muerte de un manifestante awajún y otros dos heridos (Comisedh; 2013, p. 114).

Una columna terrestre que comprendía 321 efectivos, dos vehículos blindados, y un helicóptero fueron parte del operativo policial, donde no hubo siquiera intervención de los fiscales.

La reacción enardecida de la población sobrepasó a los dirigentes indígenas, además de que el ejército no cumplió con sus instrucciones de dar seguridad.

La magnitud del impacto en las comunidades al recibir las noticias de los hechos hizo que un número grande de población y manifestantes llegaran desde distintos lugares para dar muerte violenta a los efectivos policiales de la División Nacional de Operaciones Especiales (DINOES, perteneciente a la PNP) que se encontraban allí.

Esto responde, a la lógica de la "venganza", de la cultura Awajún y Wampis; que considera que "si se hace daño a uno de los nuestros" solo se restablece el grupo si se actúa sobre aquellos a quienes se considera responsables y sobre sus "familiares".

1.2.2. Las Baguas

El paro indígena del 2009 es una consecuencia de los sucesos relatados. El mismo encontró simpatía en varias de las ciudades de la Amazonía. Bagua y Bagua Grande, donde vive mayoritariamente población originaria de los departamentos contiguos, comerciantes y agricultores, fueron especialmente solidarias con esta situación.

A. La balacera en Bagua

El año anterior, se generaron fuertes enfrentamientos entre la población, y la policía³⁸ Fue así, que en la Plaza de Armas de Bagua se llevaron adelante los primeros enfrentamientos. Abel Ticlia Sánchez, un joven que se encontraba desarmado, fue la primera víctima, producto de los disparos policiales. Otro de los muertos en la ciudad fue Jorge Ángel Pozo Chicana, quien vivía muy cerca de la Plaza de Armas de Bagua y al querer salir de su casa con su esposa e hijo, porque el aire se había hecho irrespirable debido a los gases lacrimógenos, fue alcanzado por un

³⁸ El año anterior se habían generado fuertes enfrentamientos entre la población y la policía, que seguramente han contribuido a esta solidaridad con los acontecimientos relatados.

tiro en el abdomen. A esto se suman numerosos civiles heridos de bala. La tercera muerte en Bagua fue de un indígena, Felipe Sabio, quien procedía de la comunidad awajún de Wawás (distrito Imaza).

B. La balacera en Bagua Grande

En Bagua Grande el operativo de desalojo no previó acciones de ningún tipo; posiblemente porque Bagua Grande tiene menos vínculos económicos, políticos y culturales que Bagua respecto del territorio Awajún y Wampis. Tal como sucedió en Bagua, la llegada de los primeros civiles heridos de bala causó conmoción y se produjo una concentración de población en la Plaza de Armas. Se trataba de una minoría, aparentemente espontánea, y que no poseían armas. Sin embargo, esto no impidió la existencia de dos civiles muertos y varios pobladores heridos, algunos de gravedad.

Como consecuencia de todos los hechos del 5 de junio de 2009, fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas (Defensoría del Pueblo; 2009a, p. 8-13).

II. LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

El 24 de agosto de 2011, el recién estrenado Congreso de la República, y con Ollanta Humala a cargo de la presidencia, aprobó la Ley de Consulta Previa con 113 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. Todavía estaba muy presente el mensaje con el que el Jefe de Estado había ganado las elecciones e iniciado su mandato: que su gobierno iba a poner en marcha una Gran Transformación que incluiría medidas importantes para acabar con la exclusión a la población indígena que, en porcentaje importante, lo había reconocido como su candidato.

Es de esta manera que en Imacita (a 110 km. de la ciudad de Bagua), uno de los puntos neurálgicos del paro indígena, el 6 de septiembre de 2011 el presidente Humala promulgó la Ley de Consulta Previa de Pueblos Indígenas y Originarios. Había que comenzar a reparar la herida, la gente de Imacita, Bagua, Uctubamba y de todas las provincias amazónicas del país reconocieron en la aprobación de la ley de consulta que en verdad estaban cambiando las cosas.

2.1. La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Perú fue el primer país del mundo en promulgar una ley que ordena que las comunidades indígenas deban ser consultadas antes de que el Estado adopte medidas que pudiesen afectarlas

directamente. A pesar de que Perú fue uno de los primeros países de Latinoamérica en ratificar el Convenio 169 (después de que lo hicieran México, Colombia, Bolivia, Costa Rica y Paraguay), en la práctica nunca aplicó los artículos que establecían el derecho a la consulta previa a pesar de que entre 1997 y 2011 la propia OIT emitió 10 observaciones individuales al Estado peruano instándolo a que cumpliera con ese compromiso y de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidiera en el año 2000 que todo proyecto de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte el hábitat o la cultura de pueblos indígenas les fuera consultado.

2.2.1. Los actores del proceso:

Como en cualquier proceso político trascendente para el país, la implementación de la consulta previa, cuenta con un reparto de actores implicados, que tienen sus propios intereses y puntos de vista.

A. Las organizaciones de los pueblos indígenas

La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú (en adelante la Ley o Ley de Consulta Previa) establece que debe ser consultado el pueblo indígena que pudiese ser afectado por la medida administrativa o legislativa que adopte el Estado. El pueblo indígena respectivo participa en el proceso de consulta mediante sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. La Ley repite los criterios establecidos en el Convenio 169, pero establece otros adicionales, así, respecto del criterio objetivo, se señala:

- Descendencia *directa* de las poblaciones originarias del territorio nacional. Se agrega el adjetivo “directo”.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Instituciones sociales y costumbres propias.
- Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

A partir de una comparación entre el Convenio 169 y la ley de Consulta Previa peruana, los criterios objetivos exigidos por la ley no necesariamente lo serían para el derecho internacional de los pueblos indígenas con lo que se estaría contraviniendo de alguna manera las normas del Derecho Internacional. Cabe recordar que, según el artículo 35 del Convenio 169, se deberá interpretar esta norma del modo que resulte más favorable a los derechos de los pueblos indígenas, dando preferencia a los criterios menos restrictivos.

B. El Estado

Tanto para realizar la consulta, como para promover la consulta y asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas. La ley plantea además la figura del órgano técnico del Poder Ejecutivo especializado en materia indígena; función asignada al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura que tendrá como funciones:

- a. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
- b. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
- c. Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.
- d. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- e. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición de su ámbito y características.
- f. Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativa a los pueblos indígenas u originarios y sus organizaciones representativas.
- g. Registrar los resultados de las consultas realizadas.
- h. Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.

2.2.2. Las medidas que deben ser consultadas

La Ley no desarrolla el detalle de las normas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. No obstante, en el texto de su artículo 2° extiende el ámbito de las medidas por consultar a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente a dichos derechos.

El Reglamento de la Ley (que se desarrolla líneas abajo) ha agregado detalles al respecto, pues considera que deben ser consultadas las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Del mismo modo, se podrán consultar las medidas legislativas y normas con rango de ley como resoluciones legislativas, decretos legislativos y ordenanzas regionales o municipales. En cambio, los decretos de urgencia, en tanto

limitados a materia financiera o económica, no podrían modificar derechos colectivos, por lo que no requerirían ser consultados.

2.2.3. Cuándo debe realizarse la consulta?

Esta prerrogativa de los pueblos ha sido recogida por el artículo 9 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha señalado que pueden haber excepciones al carácter previo de la consulta sobre una determinada medida legislativa o administrativa (TC; 2010, párr. 36). Sin embargo, no señala cuáles serían esas excepciones al derecho de consulta ni justifica la posible creación de excepciones no establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual abre un espacio jurídico peligroso para la integridad de este derecho.

Si la consulta no se realiza de manera previa, simplemente nos encontraríamos frente una vulneración del derecho, viéndose el Estado obligado a cumplir con su deber de reparar.

1.2.4. Etapas del proceso de consulta

La Ley establece un conjunto de etapas mínimas. La normativa de desarrollo de la Ley o los acuerdos adoptados durante algún proceso particular podrían agregar algunas nuevas. Ellas son:

- a. *Identificación de las medidas objeto de la consulta:* Es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean les afecte directamente.
- b. *Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados:* La entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar.
- c. *Publicidad de la medida legislativa o administrativa:* Las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla en conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.
- d. *Información sobre la medida legislativa o administrativa:* La entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.
- e. *Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios:* Los representantes de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que ésta tiene en relación con sus derechos.
- f. *Proceso de diálogo intercultural:* Se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen; todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.

- g. *Decisión*: Finalmente, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente; sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes, el mismo tiene que ser de carácter obligatorio para ambas partes.

1.2.5. Principios de la consulta previa

La Ley de Consulta Previa dispone que la consulta deba hacerse respetando los siguientes principios desarrollados en el Convenio 169: Oportunidad; Interculturalidad; Buena fe; Flexibilidad; Plazos razonables; Ausencia de coacción o condicionamiento en el proceso de consulta y en los mecanismos de coordinación e Información oportuna (y apropiada) disponible para los pueblos indígenas u originarios.

1.2.6. Efectos de la consulta previa

Si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el carácter vinculante del resultado de un proceso consultivo, la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa señala:

“Artículo 15.- Decisión

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.”

III. EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERU

3.1. Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú (en adelante el reglamento) se publicó en el diario oficial El Peruano, el 3 de abril de 2012, con lo que se ponía en vigencia la norma procedimental que establece las reglas de juego

para los procesos de consulta. De esta manera, el reglamento describe una serie de procedimientos que complementan la ley peruana de consulta previa indicando su ámbito de aplicación. Se aplica en: (i) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; (ii) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan conforme con el artículo 104 de la Constitución; y (iii) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo (Congreso de la República; 2012, p. 57).

Por otro lado, el reglamento reconoce que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la entidad estatal encargada de implementar el derecho a la consulta, el que, entre otras funciones elabora, consolida y actualiza la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y lleva el registro de sus respectivas organizaciones; lleva el registro del resultado de las consultas realizadas y brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta (Congreso de la República; 2012, p. 37).

Sin embargo, lo más importante de este reglamento es que señala que, de alcanzarse un acuerdo en el proceso de consulta, sea este parcial o total, tendrá un carácter de obligatorio y vinculante entre las partes, es decir, entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, señala que si no se llegase a ningún acuerdo, la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta puede emitir dicha decisión consultada, pero siempre tomando en cuenta las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus vidas y derechos conexos.

Finalmente, si bien es cierto que establece pautas para llevar a cabo la consulta previa, como veremos más adelante, también presenta vacíos y contradicciones que representarían violaciones a los derechos de los consultados en beneficio de la posición del Estado y/o terceros.

3.2. El Proceso de Consulta Previa del Reglamento

3.2.1. Los acuerdos del Acta Final

El 5 de marzo de 2012, y como conclusión de una etapa de diálogo entre el gobierno, organizaciones indígenas, instituciones de la sociedad civil y los sectores públicos y privados; los representantes de los viceministerios, de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y de la Confederación Campesina del Perú (CCP), suscribieron un acta final que recoge los puntos consensuados y las observaciones en los aspectos en los que no se lograron acuerdos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que este proceso de diálogo, era un proceso de consulta en sí mismo sobre el Reglamento, por lo tanto se debe aplicar lo estipulado en el artículo 15 párrafo segundo de la Ley de Consulta Previa, que señala “El acuerdo entre el Estado y los pueblos

indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”. A pesar de esto el texto final del Reglamento, contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas en el acta final.

En el artículo 5, a) se ha introducido un texto nuevo en la parte final, que no fue discutido previamente con las organizaciones. Este agregado se recoge del artículo 23, inciso 3, (descrito líneas abajo) pero cambiando el contenido. El texto varía el “deber” de la entidad promotora para enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas, por una simple “búsqueda” de que esta decisión se enriquezca con dichos aportes. Este cambio, supone una disminución de los deberes de las entidades promotoras, respecto de considerar los aportes de los pueblos indígenas y, además, supone una falta de valoración e importancia de su opinión, aún en situaciones en las que no se consiguió un acuerdo.

La modificación del artículo 9 del Reglamento pone en riesgo la participación efectiva y oportuna de los pueblos indígenas en el proceso de consulta. Regula el derecho de petición de los pueblos indígenas en el supuesto de no haber sido incluidos en el proceso de consulta y la parte final del inciso 2 de este artículo establece el efecto de la apelación en el caso en el que el pedido haya sido denegado. En el acta final, el acuerdo señalaba que la apelación tiene “efecto suspensivo”, es decir, que el proceso se suspendería hasta contar con una decisión final. De esta manera se buscaba garantizar la participación en todo el proceso del pueblo o los pueblos que solicitaran su incorporación y evitar hechos consumados muchas veces irreparables. Sin embargo, el Reglamento cambia esta posibilidad y se cambia el acuerdo, se señala que la apelación debe realizarse “sin efecto suspensivo”. En términos prácticos, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el proceso de consulta en el estado en el que se encuentre en ese momento. Si consideramos lo corto e inflexible de los plazos, con suerte llegará a incorporarse unos días antes que termine la consulta.³⁹

Asimismo, se han realizado supresiones; en el artículo 20.6, en lo que se refiere al límite temporal de la etapa de diálogo.

En el artículo 23.3 se ha eliminado el texto íntegro de un inciso que contemplaba el supuesto de la existencia de un acuerdo parcial y, por lo tanto, el deber de la entidad promotora de enriquecer su

³⁹ En caso de que se adopte la decisión final sobre la medida antes del pronunciamiento sobre la apelación, el único recurso disponible es solicitar la nulidad de la medida, buscando que se reinicie todo el proceso. Esa vía no parece garantizar efectiva el derecho a la consulta, tal como se podría lograrlo con el carácter suspensivo de la apelación.

propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas. Si bien esto está contemplado en general en el art 5.a. ya no como obligación (debe) sino como intención (búsqueda).

Otra supresión es la del artículo 27.4, en el que se recorta la posibilidad de realizar consultas de reglamentos de leyes ya consultadas.

El Estado, no incorpora la totalidad de los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa del Reglamento, trasgrediendo así el mandato expreso de la Ley de Consulta, y violando derechos constitucionales. Tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional: “El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa (...) iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (...)” (TC; 2010, párr. 37).

3.2.2. El nuevo articulado sin consulta

El artículo 6 del Convenio 169 establece que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, éstos deben ser consultados. Estas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de tales medidas propuestas. En ese sentido, la existencia de medidas que generen una afectación directa motiva los procesos de consulta y, por lo tanto, estas medidas se convierten en el eje de una consulta determinada.

Por otro lado, conforme al fundamento 21 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00022-2009-PI, dichas medidas son las que regularán exclusivamente aspectos relevantes de los pueblos indígenas (una ley o reglamento cuyo contenido regula únicamente sus derechos o intereses), o regularán una materia con carácter general, pero necesitan precisar algunas disposiciones relativas a estos pueblos. De acuerdo a esto, podemos concluir que el Decreto Supremo N° 001-2012-MC que regula el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, es una norma que se ajusta al supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, debiendo ser sometida a un proceso de consulta, ya que en su integridad regula un derecho colectivo indígena. A ello debemos sumar que, conforme a los Fundamentos 37 y 38 de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, se ha previsto que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta incluye, entre otros, el derecho de poder contar con el acceso a las medidas que se quieren normar; se precisa además que la adopción de medidas sin la correspondiente consulta previa supone la afectación de este derecho. En esa línea de ideas, toda disposición que finalmente ha sido adoptada en el Reglamento, ha debido ser consultada, tomando en cuenta su naturaleza, puesto que se trata de una norma que regula íntegra y exclusivamente supuestos relacionados con los pueblos indígenas.

Por lo anteriormente mencionado, la etapa de decisión del proceso de consulta del Reglamento debió efectuarse en función de las propuestas presentadas por las organizaciones indígenas, quienes ejercieron su derecho a la consulta previa. Con o sin acuerdo con el Estado, la finalidad de la consulta previa es no afectar los derechos de los pueblos indígenas. Adoptar medidas que no formaron parte del proceso de consulta, cuanto menos, supone un atentado en contra del Principio de Buena Fe previsto en el Convenio 169 y en la Ley de Consulta Previa. Asimismo, las medidas adoptadas y que no fueron sometidas al proceso de consulta -independientemente de si estarían buscando beneficiar o no a dichos pueblos- devienen en inconstitucionales puesto que suponen la negación del ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada.

A continuación se detallan los artículos que no fueron sometidos al proceso de diálogo previo y que sin embargo forman parte del texto del Reglamento aprobado (DS N° 001-2012-MC):

- 1, 1.5: Señala que el proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdos entre las partes.
- 2, 2.3: Prevé la necesidad de un informe previo y favorable del Viceministerio de Interculturalidad para los procesos de consulta de los gobiernos regionales y locales.
- 3, n): Señala la definición de representante de un pueblo indígena.
- 5, j): Dispone que la obligación de informar que le corresponde al Estado, se realice únicamente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
- 10, 10.4.: Establece el plazo para que los pueblos indígenas designen a sus representantes, su segundo párrafo no fue incluido en el proceso de consulta.
- 24: Establece el plazo máximo para desarrollar el proceso de consulta.
- 27, 27.3: Establece que el proceso de la consulta se realiza mediante las organizaciones representativas asentadas dentro del ámbito geográfico de la medida.
- 27, 27.6 : Desarrolla el supuesto de consulta indígena para los proyectos de Decretos Legislativos.
- Decimosegunda Establece que no se consultarán medidas administrativas

Disposición	complementarias.
Complementaria, Transitoria y Final:	<p>Establece la coordinación de procesos de promoción de la inversión privada.</p> <p>Establece que no será necesaria la consulta de una medida administrativa sobre el reinicio de una actividad.</p> <p>Establece que no será necesaria la consulta en casos de construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y provisión de servicios públicos.</p> <p>Los costos de la consulta los asumirá la entidad promotora correspondiente.</p>

3.3. El contenido del Reglamento

3.3.1. La vulneración de la autonomía de gobiernos regionales y las atribuciones del Viceministerio de Interculturalidad

El artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades precisan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Los gobiernos locales y los gobiernos regionales -en atribución de sus funciones-, dictan medidas de manera permanente, de modo que algunas de estas normas podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción y, por lo tanto, debieran ser consultadas a través de procesos de consulta, impulsados por estas instancias de gobierno.

Asimismo, no considerar la participación de los pueblos indígenas en áreas como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. –competencia de los gobiernos descentralizados- y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio 169 y al artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política.

El artículo 2, acápite 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta optó por señalar que: “Los gobiernos regionales y locales solo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Vice ministerio de Interculturalidad (...)”. En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta constituye un obstáculo para el propio Estado, pues impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio 169: “Artículo 2.1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Con este dispositivo (acápito 2.3 del Reglamento de la Ley) se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución, se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución, se modifican normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo, acto que es inconstitucional, ya que al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como el Reglamento de la Ley de Consulta (DS N° 001-2012-MC).

Por otra parte, el Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional, violándose el artículo 118.8 de la Constitución, pues según lo establecido en el artículo 2.3 del Reglamento este excede y va más allá de lo establecido en la Ley de Consulta (Ley N° 29785), pues esta facultad no se considera en ella. En tal sentido, se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del Presidente de la República “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del Reglamento, debió haberse discutido y aprobado a través de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura y no del Reglamento, conforme señala el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158).

3.3.2.A partir de qué momento se realiza la consulta

Mientras que el artículo 2 del Reglamento establece su ámbito de aplicación, el artículo 3 define las medidas administrativas del primer supuesto.

El Reglamento no es claro respecto a cuándo debe realizarse la consulta en el caso de las medidas administrativas que aprueban el aprovechamiento de los recursos naturales. De acuerdo a los artículos 3, i) y 6 del Reglamento, se interpreta que la consulta se desarrollaría únicamente durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental. Tampoco es claro sobre si se cumplirá para todos los casos de aprovechamiento de recursos naturales, renovables y no renovables. Esto no solo sucede porque cada sector de gobierno tiene una legislación especial con respecto al desarrollo del Estudio de Impacto Ambiental, sino porque el Reglamento no aclara esta situación, tan solo menciona las opciones sobre las que discrecionalmente decidirá cada ente de gobierno al momento de regular la consulta en dicho sector. Ante la falta de claridad del Reglamento de Consulta, los sectores de gobierno tendrán la discrecionalidad de ajustar este derecho a la legislación de cada uno de ellos para viabilizar la inversión, restringir los posibles efectos de este derecho, e impedir cualquier variación de la decisión estatal de otorgar un derecho.

3.3.3. Decimosexta Disposición. Notificaciones adecuadas culturalmente

A lo largo del Reglamento, se mantiene la lógica de cualquier norma nacional, dejando de lado la especificidad de una norma para pueblos indígenas, asumiendo que los mismos tienen iguales oportunidades de acceso a la información que cualquier ciudadano que vive en centros urbanos, por ello se establece que las notificaciones serán realizadas a través del diario oficial El Peruano y las diversas páginas web, lo que no responde a una realidad rural y atenta contra el derecho de acceso a la información.

3.3.4. La consulta previa a pueblos indígenas en aislamiento voluntario

En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial conforme al artículo 2 de la Ley N° 28736,⁴⁰ el aislamiento supone el no haber desarrollado relaciones sociales de manera sostenida con el resto de la sociedad nacional, o que, habiéndolo hecho, se debe presumir y respetar la voluntad de estos pueblos de discontinuarlas. El contacto inicial implica que un pueblo indígena o parte de él se encuentra en el comienzo de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Cabe mencionar que el régimen de protección previsto en dicha Ley -artículos 1 y 4, a) y b)- establece la necesidad de preservar la vida y salud de estos pueblos, pues es en ese marco que se presume su vulnerabilidad ante enfermedades transmisibles, debiendo respetarse lo decidido por ellos en torno a su relacionamiento con la sociedad y el Estado. Es en ese marco que la Ley que regula la protección de estos pueblos (artículo 5), prevé la intangibilidad de las reservas indígenas. No obstante, este mismo artículo establece la excepción en caso de que exista en ellas algún recurso natural cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, debiendo procederse de acuerdo a Ley. En ese sentido el Reglamento de la Ley de Consulta – a través de su Novena Disposición Final- ha modificado el Reglamento de la Ley para la Protección de los Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial, otorgándole la facultad al Ministerio de Cultura de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los Estudios de Impacto Ambiental requeridos conforme a Ley.

El derecho a la consulta para las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, a ser ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición. En estos casos, cuando ellos decidan dejar esa condición ya la medida podría estar implementada o en implementación con lo que se podrían estar vulnerando sus derechos. Y en caso contrario, se los podría estar forzando a dejar su condición de aislamiento. Así, esta imposibilidad de consulta implica también que toda medida que pueda afectarlos no contará con

⁴⁰ Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial, Ley 28736

ella como requisito para su adopción; si no se realiza la consulta, la medida adoptada deberá considerarse como inválida e inconstitucional. Ello no excluye el ejercicio del derecho a la consulta por parte de la población indígena que no se encuentra en aislamiento o contacto inicial, no obstante, la medida que pudiera adoptarse como producto de esta consulta no debe ni puede afectar derechos de sus pares que sí se encuentran bajo esa condición. Es en ese sentido que debe configurarse el contenido de las opiniones que deba emitir el Viceministerio de Interculturalidad.

3.3.5. La Obligación de Informar por parte del Estado

De acuerdo al artículo 5, j del Reglamento, la obligación del Estado de informar a un pueblo indígena se concreta a través de las organizaciones representativas que participen en el proceso de consulta. En este sentido, la etapa de información exige una manifestación concreta y proactiva del Estado respecto del contenido de las medidas que él mismo pretende disponer, como conocedor de las mismas y en beneficio del correspondiente pueblo indígena. Ello siempre en coordinación con las organizaciones representativas, a fin de precisar los temas y métodos a usar para el conocimiento de la medida.

Frente a esto, el literal e) del artículo 5 precisa que la consulta como derecho implica necesariamente que el pueblo indígena sea informado; ello, recordando que no existen derechos sin Estado, supone una actuación directa y especializada por parte de este último.

Por ello, la necesidad de información que se genera en los pueblos indígenas frente una medida estatal propuesta, no puede darse por satisfecha con la sola participación de sus organizaciones representativas; sino que debe suponer actos que, en coordinación con tales organizaciones, impliquen una facilitación del contenido de las medidas que el propio Estado viene promoviendo en beneficio de los miembros del o los pueblos indígenas involucrados. Así, la delimitación de la actuación estatal únicamente en función de las organizaciones representativas, prevista en el Reglamento de la Ley de Consulta, no debe aplicarse para la etapa de información ya que resulta necesario que el Estado disponga medidas que faciliten la información de los propios pueblos indígenas.

3.3.6. Medidas que no serán consultadas

A. Obras públicas

La Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento establece: “La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto

en el Reglamento”. Esto quiere decir que las obras que el Estado considere son realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sin embargo, el artículo 6 del Convenio 169 señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas.

B. Decretos de Urgencia

De acuerdo al artículo 5, inc. l) del Reglamento, no se consultarán las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales. En principio tiene sentido que no deban consultarse los decretos de urgencia, si tenemos en cuenta que estas normas son de carácter transitorio y se dan de forma extraordinaria y en situaciones de urgencia. Sin embargo, la forma en la que se utilizan los decretos de urgencia en el Perú cambia esta regla general, pues a través de esta facultad supuestamente extraordinaria, el Gobierno aprueba normas que no quiere que sean revisadas por el Congreso de la República o que no reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto es el famoso decreto de urgencia aprobado por el Gobierno de Alan García, que exoneraba de Estudio de Impacto Ambiental a los megaproyectos, y que fue finalmente declarado inconstitucional.

3.3.7. La aplicación de la consulta en el tiempo

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el Reglamento solo se aplica a los actos administrativos y normativos posteriores a la entrada en vigencia de este Decreto Supremo. Esto significa que las decisiones normativas y administrativas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169, no serán objeto de procesos de consulta, desconociendo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995.

3.3.8. Nulidad para medidas no consultadas

El Estado no tiene un poder ilimitado. El artículo 45 de la Constitución es claro, el poder se ejerce en el marco de las competencias legalmente reconocidas. Si el poder se ejerce por fuera de estas competencias, éste será nulo (artículo 46 de la Constitución, 3er párrafo). Todo acto administrativo (por ejemplo, una concesión minera) emitido con posterioridad al año 1995 y que afecte a los pueblos indígenas tendrá un vicio de nulidad. El artículo 5.n del Reglamento evita pronunciarse sobre la validez del acto administrativo no consultado. Se reconoce el derecho a la consulta pero no se menciona nada respecto a la validez de los actos que no han respetado este derecho.

CAPÍTULO III: LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

Perú es un país multicultural y pluriétnico y su población de más de 29 millones de habitantes, cuenta con más de ocho millones de personas que se auto-identifican como indígenas. La diversidad cultural de los pueblos originarios se refleja en la presencia de más de 60 grupos étnicos pertenecientes a 1.786 comunidades indígenas, ubicadas en 11 departamentos, tales como: quechuas, aymaras, aguarunas, ashaninkas y otros pueblos indígenas amazónicos (CIDH; 2000a, párr. 1)⁴¹. En la Amazonía peruana ancestralmente se asienta la población indígena perteneciente a por lo menos trece (13) familias lingüísticas.⁴² Sin embargo, todavía no existe un criterio oficial uniforme respecto del término ‘pueblos indígenas’ ni respecto de quiénes quedan comprendidos en la protección del Convenio 169 (DAR; 2010, p. 47). Además, el Gobierno ha asumido distintas posturas tanto a nivel nacional e internacional y les ha dado un trato diferente según se encuentren en la Amazonía, en la sierra o en la costa del país (DAR; 2010, p. 47).

Sin embargo, se puede establecer, mediante el análisis de distintas normas internas, que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en comunidades nativas o campesinas o habiten en reservas indígenas reconocidas (DAR; 2010, p. 67). Debido a la confusión derivada de la dispersión de normas y a los discursos estatales encontrados, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR; 2009) le solicitó al Gobierno que desarrolle, en consulta con las organizaciones indígenas nacionales, un criterio unificado sobre cuáles son los pueblos indígenas que deben ser cubiertos por el Convenio 169, incluidas las comunidades campesinas y nativas.

Para responder a dicha inquietud, Perú informó a la Comisión de Expertos de la OIT que contaría con un Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú⁴³, el cual contendría una definición de pueblos indígenas u originarios, y que tomaría en cuenta, entre otros criterios, el

⁴¹ Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, “Los derechos de las comunidades indígenas”; Instituto Nacional de Estadística e Informática, Dirección Nacional de Censos y Encuestas, Resumen Ejecutivo. Resultados definitivos de los censos en comunidades indígenas de la Amazonía peruana, elaborado con base en la información obtenida de los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda y del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, enero de 2009. El censo realizado en 2007 en 1.786 comunidades amazónicas registró una población indígena amazónica de 332.975 habitantes y recogió información sobre 51 etnias de las 60 existentes en la Amazonía.

⁴² Ídem

⁴³ Tiempo después se convertiría en la Ley de Consulta Previa en el Perú.

auto-reconocimiento o la conciencia de grupo de poseer una identidad indígena u originaria como elemento subjetivo para determinar quiénes pueden ser considerados tales. En este sentido, el Estado informó que el Convenio 169 se aplicaba a las denominadas comunidades campesinas y a las comunidades nativas, así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y a quienes se auto-identifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana. Respecto de la información proporcionada por el Estado, la Comisión de Expertos de la OIT criticó que entre los elementos objetivos de la definición prevista en el proyecto de ley apareciera la referencia a que estos pueblos “se encuentran en posesión de un área de tierra”, requisito que no está contemplado en el Convenio 169.

I. LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA PREVIA A LA LEY DE CONSULTA PREVIA

Los pueblos indígenas fueron la población mayoritaria durante gran parte de la historia del Perú. A pesar de ello, históricamente esta población mayoritaria fue víctima de ataques de todo tipo y de discriminación permanente, lo cual no permitió que disfrutaran de todos sus derechos o incluso, del reconocimiento pleno de su ciudadanía. La legislación peruana reguló la cuestión indígena desde el momento de la independencia,⁴⁴ aunque no lo hizo desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respeto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas (Contreras; 2005, p. 81).⁴⁵ Hasta la promulgación de la Ley de Consulta Previa en septiembre de 2011, no existió una regulación que fuera aplicable a todos los pueblos indígenas en el Perú. Por el contrario, hasta ese momento, las referencias en la legislación peruana estuvieron dispersas en diferentes normas, dando diversas calificaciones. Los pueblos indígenas o algunos de ellos o sus formas organizativas han recibido al menos cuatro nombres diferentes en la legislación peruana: comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades nativas y pueblos en situación de aislamiento voluntario. Estas diferenciaciones existen por la propia evolución histórica del país y por la relación del ordenamiento jurídico nacional con cada uno de estos grupos (Salmón; 2011, pp. 279-281).

1.1. Las comunidades campesinas

Las comunidades campesinas tienen reconocimiento constitucional en el capítulo VI del Título III y, específicamente, en el artículo 89 de la Constitución de 1993, el cual reconoce el respeto de su

⁴⁴ El general don José de San Martín proclamó el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, en el que abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú.

⁴⁵ Algunos ejemplos de leyes contrarias a los derechos indígenas pueden ser el decreto que abolió las tierras indígenas dado por Bolívar en 1825 o los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924.

identidad cultural. Además, legalmente tienen reconocimiento en la Ley General de Comunidades Campesinas, promulgada en 1987⁴⁶ y reglamentada en 1991.⁴⁷

La Ley General de Comunidades Campesinas las define en su artículo 2 como “*organizaciones con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua*”. Si bien en la ley no se hace referencia al término “pueblos indígenas”, se menciona que se deben respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades. Además, dispone que se debe propiciar el desarrollo de su identidad cultural, con lo que se entiende que se reconoce la diversidad cultural. Aunque la ley no hace referencia a ello, usualmente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana (Figallo; 2005, p. 1084). Históricamente, las comunidades campesinas y, sobre todo desde la reforma agraria de 1969, han sido las agrupaciones indígenas de mayor contacto con el mundo urbano. Además, su población fue parte importante de las grandes migraciones del siglo XX. Sin embargo, no todas las comunidades campesinas son pueblos indígenas, dado que algunas de ellas pueden no cumplir con los criterios que el Convenio 169 señala. No obstante, en la mayoría de los casos sí cumplirían con dichos requisitos.

Los pueblos indígenas que integran las comunidades campesinas son principalmente poblaciones quechuas o aymaras. Dado que existen pocos datos estadísticos al respecto, a estos pueblos se les identifica principalmente por la lengua que hablan. Según el censo del 2007 realizado en el Perú, existen 3.360.331 quechuahablantes (13% de la población nacional), y 443.248 de personas que hablan aymara como lengua materna. Sin embargo, mucha de esta población se encuentra en zonas urbanas. Así, alrededor del 45,7% en el caso quechua y 43% en el aymara habitan en zonas urbanas, lo que conlleva a que, por lo menos, cerca de la mitad de las personas que tienen como lengua materna el quechua o aymara no residan en las comunidades campesinas (Salmón; 2012, p. 85). Sin embargo debe señalarse que las comunidades campesinas indígenas representan una porción muy amplia del territorio no urbano del Perú.

La regulación de las comunidades campesinas respondió a un intento de integrar a las poblaciones indígenas en la economía de mercado. De este modo, se buscó asimilar al indígena en la cultura occidental transformándolo en campesino. Sin embargo, aún en la actualidad, muchas de las

⁴⁶ Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas, publicada el 14 de abril de 1987.

⁴⁷ Decreto Supremo 008-91-TR. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, publicado el 15 de febrero de 1991.

comunidades campesinas cumplen con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se les considere pueblos indígenas (Bustamante; 2004, p. 123).

1.2. Las rondas campesinas

Las rondas campesinas tienen reconocimiento constitucional en el artículo 149 de la Constitución de 1993, el cual señala que apoyarán a las comunidades campesinas y nativas para ejercer competencias jurisdiccionales. Además, se encuentran reguladas por la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, publicada el 7 de enero de 2003, cuyo reglamento fue dado por el Decreto Supremo 025-2003-JUS. Si bien la ley es la que reconoce la personería jurídica de las rondas campesinas, es el reglamento el que las define, haciendo una diferenciación de acuerdo con la ubicación geográfica en la que se encuentren. De esta manera, el artículo 2 del reglamento establece que son rondas campesinas “las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural”. Asimismo, son rondas comunales “las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas”. Las rondas campesinas son una forma de organización peculiar dentro del ordenamiento nacional. Su origen se dio en la sierra norte del país como respuesta a los problemas que conllevaron las reformas de la segunda mitad del siglo XX (Yrigoyen; 2002, p. 31). Entre ellos se encontraban principalmente el abigeato y la falta de presencia del Estado en las zonas rurales de la sierra peruana. Si bien las rondas campesinas aparecieron en las últimas décadas, su sustento se encuentra en la cosmovisión de los pueblos indígenas y en su derecho consuetudinario. De esta manera, muchos de los miembros de las rondas campesinas son pobladores indígenas, y su ámbito de acción es sus propias tierras ancestrales.

Las rondas campesinas son una “*forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local*” (Yrigoyen; 2002, p 31). En ese sentido, las rondas campesinas responden a sus funciones como entes de resolución de conflictos. El grado de expansión e importancia que las rondas han alcanzado en el territorio nacional las ha transformado en actores de suma importancia, tanto así, que el pleno jurisdiccional penal de 2009⁴⁸ les otorgó la potestad jurisdiccional sobre la base de una interpretación del artículo 149 de la Constitución. Dicha decisión se dio a pesar de que de una lectura literal de dicho artículo no se llega a esa interpretación.

Las rondas campesinas como forma organizativa y jurisdiccional no siempre se encuentran circunscritas a una comunidad campesina específica, muchas veces trabajan con un conjunto de

⁴⁸ Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009.

estas o sin mantener una relación directa con la organización comunal. A pesar de ello, en la mayoría de los casos sí son los pobladores indígenas quienes las componen y su actuación se basa en los usos y costumbres tradicionales.

1.3. Las comunidades nativas

Las comunidades nativas tienen un reconocimiento constitucional en los artículos 89 y 149, los cuales les otorgan personería jurídica y potestad jurisdiccional. La ley que regula a las comunidades nativas es el Decreto Ley 22175 que fue publicado el 10 de mayo de 1978,⁴⁹ mientras que su reglamento es del 12 de abril de 1979.⁵⁰ La Ley de Comunidades Nativas es el marco legislativo de pueblos indígenas más antiguo dentro de los aún vigentes, y responde a un contexto muy diferente del actual. Sus artículos no tienen como objetivo regular las comunidades nativas, sino promover la colonización de los territorios de la selva y desarrollarlos en el aspecto agrícola y ganadero.

De esta manera, la normativa peruana en materia de comunidades nativas responde a un enfoque asimilacionista, que buscó incorporar a la región de la selva dentro de la idea occidental de mercado. No obstante, la ley tiene presente la identidad cultural de las comunidades nativas, al mencionar que tienen su origen en “los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.⁵¹ Además, a pesar del desfase temporal, la ley sí reconoce algunos derechos a las comunidades nativas, como la propiedad comunal, educación, jurisdicción en algunos temas, etcétera.

La ley desconoce los vínculos de los pueblos indígenas con su identidad, al señalar que serán miembros de las comunidades solo aquellos que viven allí y que quien decida irse, por más de doce meses, puede perder su calidad de comunero. En una regulación donde no se tiene presente el concepto de pueblo indígena y solo se legislaba basándose en la pertenencia a la comunidad, perder el título de comunero significaba perder muchos de los derechos que como pobladores indígenas deberían detentar.

Por último, es necesario tener presente que al referirse a los pueblos indígenas de la selva peruana se está hablando de una población cuantitativamente importante dado que, según el censo del 2007,

⁴⁹ Decreto Ley 22175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, publicada el 10 de mayo de 1978.

⁵⁰ Decreto Supremo 003-79-AA. Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, publicado el 12 de abril de 1979.

⁵¹ Artículo 8 de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.

son 332.975 los pertenecientes a 51 etnias de 13 familias lingüísticas distintas, siendo el pueblo asháninka el mayor (Benavides y otros; 2010, p. 24). A diferencia de los pueblos indígenas de la sierra, la mayoría de los pueblos indígenas de la selva se encuentran en el ámbito rural (88,5% de la población asháninka y 80,9% del resto de personas con otra lengua de la selva) (Benavides y otros; 2010, p. 27), lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas.

1.4. Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial

Los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial son otra forma de agrupación indígena y son, por razones obvias, los que tienen menos relación con el aparato del Estado. Si bien no tienen reconocimiento constitucional específico, gozan de los derechos de los pueblos indígenas establecidos tanto en el ordenamiento nacional como internacional.

Se debe resaltar que los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial no mantienen “*una situación de no contacto con relación al resto de la sociedad, sino (...) una actitud mediante la cual estos pueblos se rehúsan a establecer relaciones permanentes con otros actores sociales, con el objetivo de garantizar su supervivencia física y cultural*” (Defensoría; 2006, p. 50). Usualmente, estos pueblos se encuentran localizados en las cuencas altas de los ríos de la selva alta o en sus tributarios en la selva baja (Defensoría; 2006, p. 50).

Legalmente, los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran protegidos por la Ley 28736 de mayo de 2006,⁵² cuyo reglamento, el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES, es de octubre de 2007.⁵³ Esta ley fue la primera que ensayó una definición del término “pueblo indígena” en el ámbito nacional, y señaló que se trata de “aquellos que se auto-reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra (y) forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución”.⁵⁴

La ley define a los pueblos en aislamiento, como aquellos que “no ha[n] desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas”.⁵⁵ Mientras que los pueblos en contacto inicial son aquellos que han “comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional”.⁵⁶

⁵² Ley 28736. Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicada el 18 de mayo de 2006.

⁵³ Decreto Supremo 008-2007-MIMDES. Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicado el 5 de octubre de 2007.

⁵⁴ Artículo 2(a).

⁵⁵ Artículo 2(b).

⁵⁶ Artículo 2(c).

Mediante esta ley y su reglamento también se regulan las reservas indígenas, las cuales son creadas para que se respete el derecho a la propiedad de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Asegurar el derecho de propiedad es importante porque mediante la protección del territorio de los pueblos indígenas se pueden proteger derechos como su vida, integridad, salud, vida cultural, entre otros (Corte; 2010, párrs. 214-217). Además, el Estado debe tener presente en todo momento la situación de vulnerabilidad en la que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran.

II. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA CONSULTA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE AL DERECHO INTERNO PERUANO

El derecho a la consulta previa no es un derecho humano de alcance general (o universal). Por la forma como ha sido recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se puede afirmar que el mismo no está atribuido a todos los seres humanos por el solo hecho de serlo (tal como el derecho a la vida, a la integridad física o a las libertades personales) o por ocupar alguna posición concreta pero abierta a cualquier persona (tal como los derechos políticos, las garantías judiciales o los derechos laborales), sino únicamente a una categoría especial (y cerrada) de sujetos colectivos: los pueblos indígenas y tribales. Basta para confirmarlo, con realizar una lectura somera del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio 169 que, a la letra, dispone que dicho instrumento internacional es de aplicación, no a cualquier individuo o grupo de personas, sino solamente a los colectivos humanos que pueden ser calificados como indígenas o tribales (TC; 2011, fund. 22).⁵⁷ Es por esta razón que es indispensable identificar a los sujetos titulares del mismo.

2.1. Los criterios objetivos y subjetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el DIDH no existe una definición inequívoca sobre el concepto pueblos indígenas y tribales. No obstante, tal como ha señalado la OIT, existen elementos objetivos y subjetivos que no sirven para determinar cuando un grupo tiene esa condición (OIT; 2009, p. 9-10). En efecto, el Convenio 169, apelando a dichos criterios, tan solo se limita a describir los rasgos que deben satisfacer los pueblos mencionados, a los efectos de determinar si les son aplicables o no sus disposiciones. Así, de acuerdo con dicho instrumento, se entiende:

⁵⁷ Cfr. Artículo 1 del Convenio 169. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: "El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1. del Convenio 169 de la OIT"

- A. Que un pueblo es “indígena” si, de un lado, descende de las poblaciones que habitaban en el territorio de los Estados en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y, de otro, conserva todas, o parte, de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; y,
- B. Que un pueblo es “tribal” si, de un lado, presenta condiciones sociales, culturales y económicas que le distinguen de otros sectores y, de otro, está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

En ambos casos, además de estos criterios eminentemente objetivos, se añade un elemento que, en palabras del propio Convenio 169, debe ser considerado fundamental: auto-conciencia del grupo de poseer una identidad indígena o tribal.⁵⁸

Como se puede apreciar, para que un grupo sea considerado “indígena” se exige que los mismos descendan de las poblaciones originales de los Estados, es decir, que habitaban dichos territorios antes de la conquista o de la colonización. De acuerdo con la OIT, este requisito abarca los elementos “continuidad histórica” y “conexión territorial”. En tal sentido, se entiende que dichos pueblos tienen la condición de indígenas porque, al descender de los pueblos originarios, son sociedades anteriores a la conquista o la colonización (continuidad histórica) y porque sus ancestros habitaban el país o la región correspondiente (conexión territorial) (OIT; 2009, p. 9). Sin embargo, para que un grupo sea considerado “tribal” no se exige la presencia del requisito objetivo de la “descendencia”. Ello es así porque, como dijo la CorteIDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, un pueblo tribal es *“un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes (...), identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”* (Corte; 2007, párr. 79).⁵⁹ Para formar parte del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio 169, no es imprescindible que el grupo en cuestión proceda de las poblaciones oriundas u originarias de los Estados, siempre que la colectividad respectiva cumpla con los requisitos que la identifique como pueblo tribal.

Pero no solo eso, para el Convenio 169 el criterio del auto-conciencia es fundamental. La CorteIDH, en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ha señalado que “no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica (...) de la comunidad” ya que este proceso *“es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”*, razón por la cual *“la Corte y el Estado*

⁵⁸ Cfr. Artículo 1 del Convenio 169.

⁵⁹ El pueblo Saramaka no es oriundo u originario de Surinam ya que descende directamente de los esclavos africanos que fueron llevados a la fuerza y que lograron escapar hacia los bosques del interior del país.

deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique” (Corte; 2010, párr. 37). Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio de auto-conciencia en realidad habría que entenderlo como “auto-identificación” y, por tanto, como sostiene la CIDH, que corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarla o controvertirla (CIDH; 2009, párr. 37).

Sobre la base de lo señalado en el párrafo precedente, es posible sostener que la calificación como pueblo indígena o tribal es algo que atañe fundamentalmente –o, incluso, exclusivamente- a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan interferir en el proceso o contestar su resultado. En apoyo de esta interpretación puede citarse lo señalado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas que, en todo su articulado, prescinde de los elementos objetivos y tan solo se limita a señalar que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme sus costumbres y tradiciones”.⁶⁰ Es decir, tomando como referencia solo la jurisprudencia de la CorteIDH, se puede concluir que se le reconoce a los propios pueblos (y no a sus miembros individualmente considerados) la potestad de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con un identidad étnica indígena o tribal, a los efectos de ser considerados titulares del derecho a la consulta previa. Bastaría hipotéticamente con que el grupo respectivo se auto-califique indígena o tribal, para automáticamente ser sujeto del proceso de consulta a ser implementado por la autoridad estatal.

No obstante, si se consideran los instrumentos del DIDH vinculantes para el Estado peruano en materia de pueblos indígenas (fundamentalmente el Convenio 169 conjuntamente con la Convención Americana de Derechos Humanos debidamente interpretada por la CorteIDH), se llega a la conclusión que la potestad de los pueblos indígenas y tribales de auto-identificarse como tales, no puede suponer dejar de lado los criterios objetivos previstos en el Convenio 169. Efectivamente, como ha precisado la propia OIT, la cobertura de dicho instrumento internacional se basa en una combinación del elemento subjetivo con los objetivos y, como tal, que éstos se complementan con aquél y viceversa (OIT; 2009, p. 10). Es decir, tienen que estar presentes ambos elementos para que un colectivo pueda ser considerado titular del derecho a la consulta. De buena lectura en conjunto de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Convenio 169, se desprende que los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que, tal como señala la CorteIDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión), pero sí están facultados para constatar el cumplimiento, al menos, de los elementos objetivos previstos en el Convenio 169.

⁶⁰ Cfr. Artículo 33, numeral 1).

Dicho en otros términos, mientras que el primero no está sujeto a la evaluación por parte de la autoridad estatal, los segundos sí.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA BASE DE DATOS DE OFICIAL

El artículo 29 del Reglamento establece:

Artículo 29°.- Base de Datos Oficial

29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.

29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.

29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Mediante la Resolución Ministerial 202-2012-MC, se ha aprobado la Directiva 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de pueblos indígenas u originarios⁶¹, la misma que, en lo que se refiere a las acciones de identificación de pueblos indígenas, señala:

- A. Que “ los criterios objetivos incluyen lo siguiente: “continuidad histórica”, es decir permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; “conexión territorial”, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas”,⁶²
- B. Que “ el criterio subjetivo se refiere al auto-identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional”,⁶³ y

⁶¹ La elaboración de dicha base de datos viene impuesta por el artículo 29 del Reglamento.

⁶² Párrafo 7.1.3 de la Directiva 03-2012/MC.

⁶³ Párrafo 7.1.4 de la Directiva 03-2012/MC.

C. Que “la base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de “continuidad histórica” desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado”.⁶⁴

Como se puede apreciar, dicha Directiva no concuerda con los estándares internacionales examinados con anterioridad. Efectivamente, en el DIDH el elemento de identificación subjetivo hace referencia a la potestad de los pueblos mismos como colectividades (y no de sus miembros como individualidades) de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad étnica indígena o tribal; criterio que, incluso, ha sido recogido por la Ley de Consulta Previa que claramente señala que dicho requisito “se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer un identidad indígena u originaria”.⁶⁵ Ello es así porque, como ha resaltado la CorteIDH en el caso Saramaka, “la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes (... comunales...) por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo (...) el derecho a la personalidad jurídica (como pueblo indígena o tribal)” (Corte; 2007, párr. 164). Por tanto, es ilegal disponer, como hace dicha Directiva, que el auto-identificación se predica con respecto a los miembros del sujeto colectivo que pretende ser reconocido como indígena u originario.

Al definir la “continuidad histórica” como la “permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado”, podría dar pie a interpretaciones que alteren el sentido de este criterio según los términos del Convenio 169. Como se mencionó con anterioridad, por la continuidad histórica se resalta el hecho de que un pueblo es indígena porque, entre otras cosas, descende de una sociedad anterior a la conquista o colonización. Si la exigencia de “permanencia... desde tiempos previos...” se entiende en ese sentido, es decir, que alude a ser un pueblo que permanece en el tiempo porque descende de una sociedad anterior (“permanencia temporal”), creemos que no habría ninguna dificultad: simplemente, dice con otras palabras lo que establece el Convenio 169. No obstante, en tanto la fórmula completa es “permanencia en el territorio nacional...” podría generarse una práctica administrativa inadecuada de degenerar la condición de pueblo indígena a aquellos colectivos que no permanecen en el área que ocupaban sus

⁶⁴ Párrafo 7.1.5 de la Directiva 03-2012/MC.

⁶⁵ Artículo 7 de la LCP

ancestros dentro de lo que hoy es el territorio nacional (“permanencia espacial, territorial o geográfica”); corriéndose el riesgo de consagrar, de esta forma, no el expolio al que históricamente fueron sometidos muchos pueblos indígenas (la formación de los Estados modernos ya se encargó de ello), sino el despojo de tierras al que, en muchas ocasiones, todavía siguen estando sometidos. No debe olvidarse que, como ha resaltado la OIT, *“las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en reciente u ocupadas por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)”* (OIT; 2009, p. 94); razón por la cual el mismo Convenio 169 obliga a los Estados a establecer mecanismos para resolver los problemas relativos a las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales.⁶⁶ Sin duda, el fraseo de la Directiva, en este punto, tiene que ser reformulado.

Críticas más concluyentes, por su parte, pueden plantearse al requisito “conexión territorial”, tal como ha sido recogido en la Directiva en cuestión. En lo que se refiere a este punto, de un lado, se sostiene que dicho elemento alude a *“la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros”* y, de otro, se dispone que las *“tierras comunales (...) establecen la existencia de conexión territorial”*. Es decir, se afirma que este requisito se verifica demostrando: (i) que los antepasados estaban asentados en el territorio nacional, y (ii), a la vez, que hoy se ocupa un territorio concreto bajo el régimen de propiedad comunal. Claramente, pues, se está excediendo los alcances del Convenio 169 que, como se dijo, dispone que el requisito “conexión territorial” tan solo implica sostener que el pueblo del que se afirma descender, habitaba el país o la región del caso, antes de la conquista o de la colonización, sin exigir mantener el control de un área concreta del territorio. Pero además, la redacción utilizada por la Directiva en mención, puede dar lugar también a la práctica administrativa maliciosa de afirmar que el requisito “conexión territorial” supone demostrar que las tierras comunales que hoy se ocupan, son las mismas que antes fueron habitadas por los antepasados (“conexión física”). Tal como se dijo, no se debe olvidar que las tierras en las que hoy viven muchos pueblos, no son las que históricamente ocuparon sus ancestros, razón por la cual el propio Convenio 169 prevé la posibilidad de plantear acciones reivindicatorias. En tal sentido, es muy posible que existan colectivos que reclamen aún la restitución de los territorios que perdieron, motivo por el cual sería un despropósito exigir probar la existencia de conexión física entre los territorios nuevos y los antiguos. En este punto, pues, la Directiva también debe ser reformulada.

⁶⁶ Cfr. Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169.

Finalmente, al señalar que es indispensable mantener o manejar la lengua indígena, en conjunción con la posición de tierras comunales, para demostrar el criterio “descendencia” (la continuidad histórica), la Directiva estudiada está yendo otra vez más allá de lo señalado por el Convenio 169 e incluso por la Ley de Consulta Previa. Ciertamente, que un colectivo conserve la lengua de las poblaciones originarias de las que descende, es prueba objetiva del mantenimiento de las instituciones sociales y culturales. Pero, también es posible que la misma, en virtud del mestizaje, haya desaparecido. Es por esa razón que el Convenio 169, tan solo exige conservar parte de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas del pueblo en cuestión.⁶⁷ En tal sentido, el hecho de que no se mantenga la lengua originaria no puede ser un criterio determinante, a los efectos de rechazar la pretensión de un colectivo de ser considerado “indígena u originario”, siempre que éste conserve otras instituciones sociales y culturales del pueblo del que afirma descender. Cuando la Ley de Consulta Previa se refiere a los criterios objetivos se remite genéricamente a la conservación de “instituciones sociales y costumbres propias”⁶⁸ y, mucho más preciso, el Reglamento afirma que se puede mantener parcialmente las mismas.⁶⁹ Por ende, también en éste punto, la Directiva en cuestión es ilegal.

IV. EL PROBLEMA DEL RECONOCIMIENTO E IDENTIFICACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

4.1. La identificación de los pueblos indígenas en el Perú

La diversidad étnica y factores como los procesos de asimilación, las migraciones u otros han complejizado la identificación de los pueblos indígenas en el Perú. A ello se suma que en muchos casos se identifican características, tales como descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica desde la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que conservan sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; pero son las propias personas las que no se identifican como indígenas.

Otro factor que dificulta la identificación de los pueblos indígenas son las diversas denominaciones que estos han recibido, y los efectos que estas han causado en el propio grupo. A los pueblos indígenas, se los ha llamado *campesinos*, *nativos*, *indios*, *mestizos*, *pueblos originarios*, lo que genera que, en muchas ocasiones, ellos mismos se encuentren fuertemente identificados con estas categorías. Esta diversidad de nombres ha hecho que los pueblos indígenas sean invisibles como

⁶⁷ Artículo 1, numeral 1), literal b) del Convenio 169

⁶⁸ Cfr. Artículo 7 de la LCP.

⁶⁹ Cfr. Artículo 3, literal k) del Reglamento.

categoría, lo que los perjudica al momento de ejercer ciertos derechos que se les ha reconocido internacionalmente, como la consulta previa.

Por su parte, la campaña de asimilación basada en la figura del Estado-nación sostuvo la inexistencia de pueblos indígenas, entendiendo que en el Perú todos son, de alguna manera, mestizos. En este sentido, el mestizaje, tanto racial como cultural, también ha hecho invisible a la categoría de pueblos indígenas. Y es que socialmente se entiende que quien se encuentra en contacto directo con el aparato estatal o la sociedad occidental pierde la posibilidad de identificarse como indígena. Esto representa un problema para un país en el que se han producido grandes migraciones del campo a la ciudad, como es el caso del Perú. Hasta la actualidad, los derechos de los pueblos indígenas urbanos no se han abordado legal o políticamente.

La auto-identificación también presenta algunos problemas ya que mucha de la población indígena no se reconoce como tal, u oculta su identidad. Dicha situación es producto de una larga historia de discriminación hacia las poblaciones indígenas en el Perú, quienes en varias circunstancias han decidido que se les considere bajo denominaciones que han tenido históricamente una reputación menos despectiva en el ámbito nacional, como sucede con el término “campesino” (Albo; 2005, p. 2).

No obstante, y a pesar del marco histórico-social del Perú, desde un punto de vista jurídico no importa la denominación legal o social que tenga el pueblo en cuestión, siempre y cuando las personas que lo componen cumplan con los elementos objetivo y subjetivo (Yrigoyen; 2008, p. 2). Por ello, en el Perú, al referirnos a los pueblos indígenas nos encontramos con una pluralidad de poblaciones situadas en la costa, sierra y selva.

Los datos demográficos sobre la población indígena son inexactos y, generalmente, es por medio de la lengua que se ha llegado a una aproximación de población indígena en el Perú. Según ello, los pueblos indígenas mayoritarios serán el quechua y aymara, seguidos por las poblaciones de la selva, donde resaltan los asháninkas y awajún, entre muchos otros (Benavides y otros; 2010, p. 26). Sin embargo, el lenguaje es solo uno de los signos distintivos de los pueblos indígenas, por lo que basarse únicamente en él podría traer consigo algunas imprecisiones.

Finalmente, debe considerarse que el concepto de pueblo indígena responde a una valoración dinámica, puesto que no se les puede entender como poblaciones “atrapadas en el tiempo”. La población indígena responde a las circunstancias de su entorno. Tal como lo ha resaltado la

CorteIDH (2010, párr. 1007), ni siquiera su territorio debe entenderse de manera estática, dado que puede tratarse de poblaciones nómadas o que por diversos motivos se han desplazado en algún momento de su historia. En ese sentido, y dada la compleja realidad peruana, los elementos analizados para determinar a una población indígena deben verse caso por caso, desde una perspectiva de interculturalidad y tomando distancia de posturas asimilacionistas.

4.2. Las deficiencias de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento frente a los pueblos tribales, las Comunidades Campesinas y Nativas

La Ley de Consulta Previa y su Reglamento recogen tanto los criterios objetivos como los subjetivos señalados por el Convenio 169, a los efectos de identificar a los sujetos colectivos titulares del derecho a la consulta previa, pero, a diferencia del Convenio 169, no distingue entre pueblos indígenas y tribales. Como se dijo con anterioridad, la principal distinción es que un elemento que describe a los primeros es la “continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan 'invadido' o llegado a ella”, elemento que no es requerido en la descripción de los segundos (OIT; 2003, p. 7). No obstante, tanto la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, al establecer con carácter genérico la denominación “pueblos indígenas u originarios”, deriva de ello que cualquier colectivo que busque ser considerado como tal, debe demostrar su descendencia directa de las poblaciones originarias del Perú, al margen de si se auto-identifica o no como pueblo indígena o tribal.⁷⁰ De lo cual se deduce que la normativa peruana se circunscribe a la categoría de pueblo indígena, siendo por tanto más restrictiva que lo previsto en el Convenio 169 y en la jurisprudencia de la CorteIDH.

Esta dificultad se incrementa si se toma en cuenta que las poblaciones organizadas en comunidades campesinas o nativas no son consideradas *per se* pueblos indígenas u originarios: en lo que se refiere a estos colectivos, tanto la Ley de Consulta Previa como el Reglamento utilizan fórmulas condicionales del tipo “pueden ser identificados también como...” o “podrá ser identificada como...”. Esto resulta contradictorio con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, ha señalado que las comunidades campesinas y nativas reconocidas en nuestra Constitución, son los pueblos indígenas previstos en el Convenio 169. Efectivamente en dicha jurisprudencia el alto tribunal, a los efectos de determinar los mecanismos que la Constitución establece para garantizar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras (artículos 88 y 89) recurrió: (i) a la jurisprudencia de la CorteIDH en la que se destaca la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus territorios tradicionales (citando expresamente el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*); (ii) a las disposiciones de la “Declaración

⁷⁰ Cfr. Artículo 7 de la LCP y artículo 3, literal k) de su Reglamento.

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” relativas a los alcances y límites del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas sobre sus territorios, y (iii) sobre todo, a los artículos del Convenio 169 en los que se precisa, de un lado, que el término “tierras” incluye el concepto “territorios” y, de otro, que los pueblos indígenas tienen plena autonomía sobre el uso y disfrute de los mismos (TC; 2012, párr. 21-23 y 25). Vale decir, que el Tribunal Constitucional del Perú ha interpretado las disposiciones sobre comunidades campesinas y nativas de la Constitución, a la luz de una serie de instrumentos internacionales relativos a la protección de los pueblos indígenas, lo que claramente quiere decir que en nuestro marco constitucional existe una equiparación entre los conceptos “pueblos indígenas” y “comunidades campesinas y nativas”. No es, entonces, que estos últimos puedan ser identificados como pueblos indígenas u originarios (en los términos de la Ley de Consulta Previa), sino que desde la perspectiva del supremo intérprete de la Constitución-el Tribunal Constitucional, son reconocidos como tales.

También es contradictoria con otras normas internas, primero, porque la Ley General de Comunidades Campesinas define a estos colectivos como “organizaciones integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra”⁷¹; segundo, la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva dispone que las “comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y ceja de Selva”⁷²; y, tercero, la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos dispone, en su apartado sobre definiciones, que los pueblos indígenas “*son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se auto-reconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas*”⁷³. Así, pues, tanto las comunidades campesinas como las nativas, a los efectos de ser consideradas pueblos indígenas u originarios, están constreñidas a demostrar en concreto que cumplen con los elementos exigidos por la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, a pesar de que, de las calificaciones jurídicas ante señaladas, se puede sostener que legalmente estos colectivos cumplen, al menos, con los requisitos objetivos exigidos por el Convenio 169 y la jurisprudencia de la CorteIDH.⁷⁴ Esta incoherencia resulta especialmente preocupante en el caso de las comunidades nativas ya que, para ser consideradas dentro del ámbito

⁷¹ Artículo de la Ley Nº 24656.

⁷² Artículo 8 del Decreto Ley 22175.

⁷³ Artículo 2, literal a), de la Ley 27811.

⁷⁴ Adviértase aun más que la Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, define como pueblos indígenas, para sus propios efectos, a las comunidades campesinas y nativas (Artículo 2).

de aplicación subjetivo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, tendrá que demostrar el requisito de descender de las poblaciones originarias del territorio nacional, aun cuando la normativa específica que las regula señala que éstas tienen su origen en los grupos tribales de la selva (y, como tal, no debería serles exigible este requisito según lo estipulado por el Convenio 169). En tal sentido, está latente la posibilidad de conflicto al momento de abordar la labor de calificar a las comunidades campesinas o nativas como pueblos indígenas u originarios.

4.3. La posición del Gobierno en los últimos años

En abril de 2013, en una entrevista en televisión, el presidente Humala dijo: “En la Costa básicamente no hay comunidades nativas (...) en la Sierra la mayor parte son comunidades agrarias, producto de la reforma agraria. Más que todo se dan comunidades nativas en la Selva, que eran llamadas no contactadas” (Luna; 2013).⁷⁵

Pocas semanas antes, se había hecho pública la discrepancia que existía entre los ministerios de Ambiente y de Energía y Minas sobre si se debía realizar un proceso de consulta en la comunidad campesina de San Juan de Cañaris (Lambayeque) en torno al proyecto minero Cañarico.⁷⁶ El primero estaba a favor, el segundo en contra. La declaración de Humala reveló que compartía la mirada del ministro de Energía y Minas. Solo las comunidades de la Selva tendrían derecho a ser consultadas. Dos días después de la entrevista, el viceministro de Interculturalidad de esos momentos – Iván Lanegra - , responsable de la elaboración de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas, renunció.⁷⁷

En este sentido, las organizaciones indígenas aseguran que los funcionarios del Ministerio de Cultura no han actuado con transparencia, tanto en la reglamentación de la Ley de Consulta Previa como en la elaboración de la Base de Datos Oficial. Sin embargo, el viceministro de interculturalidad (que sucedió a Iván Lanegra desde mayo de 2013 hasta julio del mismo año) Paulo Vilca, aseguró que no solo se utilizó la información oficial del Estado para hacer la base de datos de los pueblos indígenas sino que se convocó a organizaciones no gubernamentales que acompañan a

⁷⁵ Véase El Comercio. Viernes 03 de mayo de 2013. Sección Política. Disponible en <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/viceministro-interculturalidad-formalizo-su-renuncia-al-cargo-noticia-1571905>

⁷⁶ La población de San Juan de Cañaris exige el retiro del campamento de la minera Candente de la zona. El 30 de octubre de 2012, en una consulta popular realizada en la comunidad de San Juan de Cañaris, Lambayeque, el 95 por ciento de los votantes rechazó el proyecto minero "Cañariaco" de la empresa canadiense Candente Copper. La consulta mostró la oposición al proyecto minero: participaron 1,896 comuneros de 38 caseríos de Cañaris, de las cuales 1.719 votaron en contra del proyecto y 106 lo hicieron a favor. Asimismo, se registraron 71 votos blancos y nulos. La comunidad de Cañaris es la última población quechua hablante de la costa peruana.

⁷⁷ La fecha mencionada es del mes de mayo de 2013.

las comunidades para que aporten información, entre ellas el Instituto del Bien Común (IBC) y AIDSESEP.

El director ejecutivo del IBC, Richard Chase Smith, confirmó que a inicios de 2012 su institución fue convocada para entregar la base de datos que cuentan sobre los pueblos indígenas y que a mediados del 2013 participó en la presentación de esta herramienta junto a otras instituciones. Sin embargo, aseguró que esto no significaba que hayan estado de acuerdo con los indicadores que establecieron para determinar quienes debían ser consultados o no (Comisedh; 2013b, p. 14). El IBC cuenta con una herramienta muy completa, el Sistema de Información sobre Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana (SICNA) que contiene quizás la base de datos de comunidades nativas más completa que existe, con información geográfica (mapas), socioeconómica y política de las comunidades nativas.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley de Consulta establece que la Base de Datos de los pueblos indígenas debe ser pública, sin embargo, al interior del Poder Ejecutivo ya había resistencias para publicar la base de datos, principalmente del sector Energía y Minas.

Como se ha podido ver a lo largo del capítulo, el problema sigue siendo cómo resolver la consulta en los Andes donde se encuentra la mayor parte de proyectos mineros y donde se concentra la mayor conflictividad social. De las declaraciones del presidente Humala y de sus funcionarios, y del análisis de la Ley de Consulta Previa y de su Reglamento, no es difícil colegir que el Gobierno ha tratado de reducir el número de comunidades con derecho a la consulta al mínimo posible.

CONCLUSIONES

En apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, la consulta previa a pueblos indígenas se ha convertido en uno de los temas más importante, difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. Pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.

A pesar de la importancia económica, política y social de la consulta previa, los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional se caracterizan por una notable dispersión y una marcada incertidumbre. No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy pocos tribunales domésticos e internacionales, y escasos parlamentos nacionales, han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuados sobre el asunto. Y en muchos casos como en el del Perú, las mismas son contradictorias y ambivalentes.

Sin embargo, la consulta ha sido considerada en la jurisprudencia no sólo como un derecho procedimental sino como un derecho fundamental que está orientado a proteger la existencia e integridad misma de los Pueblos Indígenas. Por esta razón, solo reconociendo el derecho de los Pueblos Indígenas a decidir y determinar asuntos de su interés es que se entiende que no solo deben participar en las decisiones que los afecten sino que además deben ser consultados y su consentimiento requerido toda decisión de carácter general por la que se afecten sus derechos fundamentales.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como la jurisprudencia internacional han establecido que la consulta no es suficiente en casos de planes o proyectos cuyos impactos sobre los Pueblos Indígenas sean específicamente graves; es decir, cuando afecten la esencia y supervivencia misma del pueblo. En estos casos, el Estado no sólo debe consultarles sino además obtener su consentimiento sobre las medidas a tomarse. Siguiendo este razonamiento, entonces, debe identificarse en cada caso aquellos derechos que son afectados, de manera que el contenido de la consulta y el consentimiento esté en función de los derechos en juego.

La consulta debe entenderse como intrínsecamente ligada a otros derechos como la propiedad colectiva del territorio y el disfrute de los recursos naturales que se encuentran en su hábitat, la identidad y la cultura, la libre determinación, el derecho indígena, etc. Estos derechos son interdependientes e indivisibles, y en ese sentido la interpretación que se haga de los mismos debe basarse en el principio de integralidad. Un ejemplo de la interdependencia de los derechos indígenas es la relación entre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, y el derecho a la libre determinación establecido tanto en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el mismo Convenio 169 de la OIT.

La normativa internacional y nacional son claras en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación; es decir la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo. Es por ello que cada vez que se pretenda ingresar en el ámbito territorial indígena es necesario que se promueva la obtención del consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas.

En el Perú, durante los últimos años ha habido un crecimiento acelerado de la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El área ocupada por la minería casi se ha triplicado y los lotes petroleros se sextuplicaron, solo en territorio amazónico. Lamentablemente, los conflictos sociales han aumentado al mismo ritmo de crecimiento de la inversión privada y el manejo inadecuado de aquellos ha creado inestabilidad e inseguridad.

A pesar del interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de estos pueblos en el Perú es cada vez más delicada. Ello es así, básicamente, debido a la incesante presión que ejerce el mercado sobre los recursos que se encuentran en sus tierras y la urgencia del Estado por explotarlos.

La Ley de Consulta Previa y su Reglamento han dejado erróneamente abierto el problema de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, pero posteriores a la entrada en vigor del Convenio 169 OIT en el Perú.

Al respecto, el ordenamiento constitucional peruano, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, reconoce que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa es un derecho fundamental. Además señala que el Convenio 169 de la OIT está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, que el mismo es auto-aplicativo y, por tanto, desde ese entonces es plenamente exigible en sede judicial. En tal sentido, son posibles de anulación las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley de Consulta Previa sin haberse realizado el proceso de consulta previsto en el instrumento internacional mencionado. El Estado peruano, entre 1995 y el 2011, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas, sin consultarles previamente. En consecuencia todos estos actos que producen efectos jurídicos devendrían en nulos por carecer de legalidad.

Hasta antes de 2009, el tema indígena era prácticamente inexistente en la agenda pública del Perú; recién a raíz de los penosos sucesos de Bagua, se inició un debate nacional sobre la presencia y los derechos de los pueblos indígenas.

La aparición de las organizaciones indígenas en el Perú, reivindicando los derechos que les reconoce el Convenio 169 de la OIT en el marco de los conflictos, ha causado que el tema de los pueblos indígenas y sus derechos genere el interés de las empresas, el Estado y la prensa; sin embargo, todavía se está muy lejos de que este interés se convierta en una conciencia respecto a la existencia de culturas diferentes en el país y la necesidad de un enfoque intercultural que permita revertir la exclusión en la que se ha mantenido a estas otras culturas respecto de la toma de decisiones.

La aplicación de la consulta previa en el Perú, a pesar del marco jurídico vigente, todavía es un tema pendiente. Es necesario que los diversos actores puedan entablar procesos de debate para conocer el tema y definir los procedimientos de aplicación.

La interpretación que hacen los funcionarios del Estado peruano sobre el derecho a la consulta que en la práctica reducen a un tema de información es una de las principales causas de la inaplicación de la consulta y el consentimiento en el Perú y la consiguiente desprotección de los Pueblos Indígenas.

En el Perú, las posibles implicancias de la consulta previa aún generan más dudas que certezas ya que somos un país donde todavía el racismo y el etnocentrismo son el sentido común de la mentalidad de la sociedad en general y de las entidades estatales.

El proceso de consulta al Reglamento de la Ley de Consulta Previa, significó la posibilidad del inicio de nuevas formas de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, sin embargo, esto no fue sido así. Dicho proceso de consulta tuvo serias deficiencias: por su falta de legitimidad debido a la escasa participación de organizaciones indígenas nacionales y regionales, por el interés del Estado en acelerar el proceso afectando los principios de flexibilidad y plazo razonable, por desconocer varios acuerdos alcanzados en la etapa de diálogo y por haber introducido textos nuevos que no formaron parte de la consulta.

El texto final del Reglamento contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas, en el proceso de consulta del reglamento. Esta situación es grave y refleja la ausencia de una voluntad sincera del Estado por respetar los compromisos asumidos con las organizaciones indígenas, además de incumplir la Ley de Consulta Previa.

La Ley de Consulta Previa y su Reglamento recogen adecuadamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas previstos en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012/MC que regula la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, contraviniendo la propia Ley de Consulta Previa y su Reglamento, restringe significativamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas.

La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio 169 OIT y al art. 2, 19 de la Constitución Política.

Se requiere crear condiciones de equidad para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, para ellos se requiere cambiar las relaciones asimétricas y de jerarquización entre las culturas que han mantenido por siglos a los pueblos indígenas en una situación de exclusión, discriminación y desventaja frente a una sociedad nacional dominante. Por otro lado, para avanzar en la institucionalización de un diálogo intercultural, se requiere conocer las diferencias entre las racionalidades que dialogan.

La consulta no debe ser entendida solamente, ni debe agotarse como la posibilidad de estar de acuerdo o no, sino como un proceso de armar de manera conjunta una propuesta que recoja prioridades de desarrollo y que permita que el Estado se vea influenciado por la propuesta. La Organización Internacional del Trabajo, ha señalado que un adecuado mecanismo de consulta debe asegurar que se desarrollen iniciativas de los pueblos indígenas, ello supone incluso el desarrollo de sus propias instituciones, velando siempre de que esto no afecte el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

Tanto el Estado como los pueblos indígenas coinciden en la obligación que existe de consultar a los pueblos indígenas y la potencialidad de que estos mecanismos de consulta, si son bien aplicados, puedan en el futuro disminuir los conflictos sociales. Lamentablemente, los desacuerdos en algunos aspectos principales -como la definición de pueblos indígenas- han hecho que se haya desperdiciado la oportunidad de realizar un proceso de diálogo que lleve a tener por primera vez un consenso entre el Estado y las organizaciones indígenas.

Finalmente, es importante tener en cuenta la urgencia de contar con una institucionalidad estatal indígena veraz, que en relación a la implementación de los procesos de consulta, permita una revisión periódica de los procedimientos, para identificar si estos responden a lo establecido como espíritu del Convenio 169 de la OIT, asegurando, tal como han señalado los órganos de control de la OIT, que ésta no se convierta en un mero intercambio de opiniones y sugerencias.

BIBLIOGRAFÍA

Albó, Xabier (2005): “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”. En Actas del Congreso de la Asociación Latinoamericana de Antropología. Rosario, Argentina, 12 de julio de 2005.

Alva Arévalo, Amelia (2010): “El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú”, en XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: 200 años de Iberoamérica (1810-2010), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 2600-2620.

Alva Arévalo, Amelia (2014): El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, N° 76. Universidad de Deusto. Bilbao.

Ameller, Vladimir; Chavez, Diego y otros (2012): El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América. Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI); La Paz, Bolivia.

Anaya, James (2009): Principios Internacionales aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe Temático. Chile. Disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf, consultada en junio de 2014.

Anaya, James (2010): Declaración pública sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 julio 2010. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/nws/632-declaracion-consulta-peru.html>, consultada en junio de 2014.

Antkowiak, Thomas y Gonza, Alejandra (2010, septiembre): “El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional”. En Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, año 3. Washington D. C. pp. 2-5.

Åhrén Mattias (2010): “Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.): El desafío de la Declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas. Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

Aranda Escalante, Mirva (2012): Los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México

Banco Interamericano de Desarrollo. (2006, julio). Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena. Washington D .C.: BID.

Banco Mundial (1999): Manual de Operaciones del Banco Mundial: Políticas Operacionales - OP 4.01. Washington D.C. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP401Spanish.pdf>, consultada en junio de 2014.

Banco Mundial. (2005, julio). Manual de operaciones del Banco Mundial. Política operacional 4.10. Washington, D. C.: BID.

Benavente Jahncke, Javier y Meza, Rocío (2010): Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Lima, CIDSE Secretariat; Muqui. Red de Propuesta y Acción; y Fedepaz. Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz.

Benavides, Martín; Mena, Magrith y Ponce, Carmen Ponce (2010): Estado de la niñez indígena en el Perú. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Bermúdez, Lelly (2011): “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas”. En: Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia. Tomo 39. Septiembre de 2011, p. 21-25

Bermúdez, Manuel (2011a): “Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas”. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 39. Setiembre de 2011, p. 27-40.

Bustamante Soldevilla, Minda (2004): “El proceso de la comisión revisora de la legislación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas”. En Alejandro Laos (ed.). Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos. Lima: ALLPA.

Cavero, Omar (2011): “Después del Baguazo: informes, diálogo y debates”. En Cuaderno de trabajo N° 13, Serie Justicia y Conflictos No. 1. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Clavero, Bartolomé (2012): “La consulta desde el derecho internacional”. Exposición realizada en el seminario “Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo”, 18 de enero de 2012.

Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas (1999): Estudio sobre el estado actual de la aplicación del derecho al desarrollo presentado por el señor Arjun Sengupta, experto independiente de conformidad con la resolución 1998/72 de la Comisión y la resolución 53/155 de la Asamblea General. E/CN.4/1999/WG.18/2. 27 de julio.

Comisión de Derechos Humanos (Comisedh) e Instituto de Defensa Legal (IDL), (2013): La Verdad de Bagua. Informe en minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua. Lima, Comisedh.

Comisión de Derechos Humanos del Perú – COMISEDH (2013a): La Ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú: Análisis desde la perspectiva del derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, Comisedh.

Comisión de Derechos Humanos del Perú – COMISEDH (2013b): Documento de Trabajo: La Consulta Previa en el Perú: Actores, escenarios y desafíos. Lima, Comisedh.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (1989): Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Observación Individual. Guatemala: CEACR 2005/76ª Sesión.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (1999): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#1998>, consultada en mayo de 2014.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (2001): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#2000>, consultada en mayo de 2014.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (1999): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, México. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/653-cecr-c169-mexico.html>, consultada en mayo de 2014.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (2001): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Costa Rica. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/654-ceacr-costarica-c169.html>, consultada en mayo de 2014.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (2007): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Colombia. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/637-ceacr-colombia-c169.html#20071>, consultada en mayo de 2014.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – OIT – (2009): Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú. Disponible en, <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#2009>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1999): Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, cap. X, “Los derechos de los indígenas en Colombia”. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-10.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000): La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre. Washington D.C.: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000a): Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, cap. X, “Los derechos de las comunidades indígenas”. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/indice.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2002): Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp#Saramakaans>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2003): Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Guatemala.11197.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2004): Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp#Kelyenmagategma> consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2004a): Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2005): Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2005.sp.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006): Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchiraico y otros, Comunidad San Mateo de Huanchor, Perú. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009): Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington D. C.: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009a): Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 24 de diciembre. Washington D. C.: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009b): Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009. Washington D.C.: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011): Segundo Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. OEA/SER.L/V/II. Doc. 66/11. Washington D.C., OEA.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997): Recomendación General N° 23. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom23.html>, consultada en junio de 2014.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2004): Observaciones finales sobre Surinam, CEDR/C/64/CO/9, 28 de abril del 2004.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2001): Anni Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7sp.pdf>, consultada en mayo de 2014.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994): Länsmann y otros c. Finland, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm>, consultada en mayo de 2014.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2000): Apirana Mahuika y otros v. New Zeland, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/547-1993.html>, consultada en mayo de 2014.

Congreso de la República del Perú (2012): Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Informe Implementación del proceso de consulta previa, libre, informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República. Lima.

Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas: Información Básica. Disponible en <http://www.un.org/es/ecosoc/about/>, consultada en mayo de 2014.

Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas (2002): Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Primer período de sesiones, Examen de las actividades del sistema de Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas, 2002, E/CN.19/2002/2/Add.12. Nueva York, UN.

Contreras, Carlos (2005): El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX. Histórica, vol. XXIX, N° 2, Lima.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos – CNDDHH- (2012): Informe de Observación del Proceso de consulta Previa del Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Lima, CNDDHH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989): Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf, consultada en junio de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf, consultada en julio de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf, consultada en junio de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007): Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, consultada en mayo de 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, consultada en mayo de 2014

Corte Internacional Permanente de Justicia (CIPJ) (1927): caso Usine de Chorzow, sentencia 8, 1927, serie A, núm. 9, p. 21; Sentencia de fondo 13, 1928, cpji, serie A, núm. 17.

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR (2010): El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú - Últimos Avances. Lima, DAR.

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR (2012): Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos: Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento. Gamboa y Snoeck editores. Lima, DAR.

Defensoría del Pueblo (2006): Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial. Informe Defensorial N° 101. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2008): Informe 016-2008-DP/ASPMA. Comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre Proyectos de Ley: Tierras, Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas. Lima, Defensoría del Pueblo

Defensoría del Pueblo (2009): Proyecto de Ley N° 3370-2008-DP. Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas. Presentado al Congreso de la República con fecha 6 de junio de 2009.

Defensoría del Pueblo (2009a): Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD: Actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio del 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, región Amazonas, en el contexto del paro Amazónico. Disponible en

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/informe-adjuntia-006-2009-DP-DHPD.pdf>, consultada en junio de 2014.

Defensoría del Pueblo (2010): Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua. Informe de la Defensora del Pueblo a la Comisión del Congreso de la República que investiga los sucesos de Bagua, aledaños y otros. Lima: Defensoría del Pueblo.

Dourojeanni, Marc; Barandiarán, Alberto y Dourojeanni, Diego (2009). Amazonía peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura. ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro? Lima: ProNaturaleza, Fundación para la Conservación de la Naturaleza.

El Nuevo Siglo.CO, 18 junio 2014, ¿Existe el derecho indígena a veto en la consulta previa? Bogotá, Argentina. Disponible en <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2012-%c2%bfxiste-e-lderecho-ind%c3%adgena-veto-en-la-consulta-previa.html>, consultada en junio de 2014.

Figallo Adrianzén, Guillermo (2005): “Comunidades campesinas y nativas”. En La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I.

Figuroa, Isabela (2009): “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasilero de consultar a los pueblos indígenas y tribales”, en Rojas Garzón, Biviany y Otros: La consulta previa con los pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, Quito, pp. 7-41.

Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal y Seattle University School of Law (2010): El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Washington D. C.: IDL.

Fundación para el Debido Proceso Legal (2011): El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Washington D. C.: DPLF/OXFAM.

Galvis Patiño, María Clara (2010, septiembre): “Consulta, consentimiento y veto”. En Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, año 3. Washington D. C. pp. 11-12.

GIZ - Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (Agencia Alemana de Cooperación Internacional) (2012): El derecho a la Consulta Previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Programa “Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA”. Alemania.

IBIS Dinamarca (2013): Directrices para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas. Bolivia, IBIS Dinamarca.

La Rosa Calle, Javier (2010, septiembre): “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación”. En Aportes DPFL. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, Año 3. Washington D. C. pp. 14-16.

Luna Amancio, Nelly (2013): “Viceministro de interculturalidad formalizó su renuncia al cargo”. El Comercio. Viernes 03 de mayo de 2013; Sección Política; Lima, Perú Disponible en <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/viceministro-interculturalidad-formalizo-su-renuncia-al-cargo-noticia-1571905>, consultada en julio de 2014.

Merino Lucero, Beatriz y Lanegra Quispe, Iván (2013): Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú. Lima, CENTRUM Católica.

Ministerio de Cultura del Perú (2013): Consulta a los Pueblos Indígenas. Guía Metodológica. Lima: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador (2009): “Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales”. En Serie Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad. Espinosa y Caicedo editores. Quito.

Morris, Meghan et al. (2009): La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>, consultada en mayo de 2014.

Orduz Salinas, Natalia (2010, septiembre): “La paradoja de la consulta previa en Colombia”. En Aportes DPFL. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, año 3, Washington D. C.

Organización de las Naciones Unidas (1945). Carta de las Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/charter/>, consultada en mayo de 2014.

Organización de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>, consultada en mayo de 2014.

Organización de las Naciones Unidas (1966a): Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>, consultada en mayo de 2014.

Organización de las Naciones Unidas - Comité de Derechos Humanos - (1994): Observación General N.º 23, “Derechos de las minorías”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#minorias>, consultada en mayo de 2014.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (1996): Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, (10 de junio de 1996), Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo Económico y Social – (2005): “Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas” (E/C.19/2005/3). Documento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en su Cuarta Sesión. Nueva York del 16 a 27 de mayo.

Organización de las Naciones Unidas – Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas – (2005a): Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples, Doc. ONU E/C.19/2005/3, (17 de febrero de 2005), Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (2005b): Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, (24 de octubre del 2005). Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo Económico y Social – (2007): Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto período de sesiones, E/C.19/2007/12, Nueva York del 14 al 25 de mayo.

Organización de las Naciones Unidas -Asamblea General- (2007a): Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, consultada en mayo de 2014.

Organización de las Naciones Unidas – Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo – (2008): Directrices sobre las cuestiones de los Pueblos Indígenas. Ginebra, Naciones Unidas. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf , consultada en junio de 2014.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2009): Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, UN Doc. A/HRC/18/42, (17 de agosto de 2009), Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, (2009a): Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, (15 de julio de 2009), Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2010): Informe provisorio del estudio sobre los pueblos

indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, (17 de mayo de 2010), Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2012): Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su quinto período de sesiones (Ginebra, 9 a 13 de julio de 2012), Doc. ONU A/HRC/21/52, Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de los Estados Americanos (2012): Texto consolidado del Proyecto de Declaración preparado por la Presidencia del grupo de trabajo. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/ doc.139/03, 17 de junio. Washington D.C., OEA. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7_esp.pdf, consultada en mayo de 2014.

Organización de los Estados Americanos (1948): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, OEA. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultada en mayo de 2014.

Organización de los Estados Americanos (1969): Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, OEA. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, consultada en junio de 2014.

Organización de los Estados Americanos (1988): Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". San Salvador, OEA. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, consultada en mayo de 2014.

Organización de los Estados Americanos (2001): Carta Democrática Interamericana. Lima, OEA. Disponible en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm, consultada en junio de 2014.

Organización Internacional del Trabajo. Acerca de la OIT. Disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm, consultada en junio de 2014.

Organización Internacional del Trabajo. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Disponible en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>, consultada en mayo de 2014.

Organización Internacional del Trabajo (1957): Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>, consultada en junio de 2014.

Organización Internacional del Trabajo (1969): Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>, consultada en junio de 2014

Organización Internacional del Trabajo (1989): Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es:NO, consultada en junio de 2014

Organización Internacional del Trabajo (2003): Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Ginebra, OIT.

Organización Internacional del Trabajo (2007): “Guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT” en Políticas Públicas Chile: Documentación Para Taller Pro Ratificación Convenio 169 OIT. Chile. Disponible en www.politicaspUBLICAS.cl, consultada en junio de 2014.

Organización Internacional del Trabajo (2009): Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

Pinto, Vladimir (2009): El Derecho a la Consulta Previa Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en el Perú. Lima, CONACAMI/CAOI.

Pinto, Vladimir (2013): Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en la región Andina, avances y desafíos. Programa “Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA”. Quito, GIZ - Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (Agencia Alemana de Cooperación Internacional).

Puentes Riaño, Astrid (2010, septiembre): “Opciones del derecho ambiental internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas”. En Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, año 3. Washington D. C. pp. 6-10.

Rico, Laura (2009): La Consulta Previa: farsa multicultural. Disponible en <http://lasillavacia.com/historia/3201>, consultada en junio de 2014.

Rodríguez, César; Morris, Meghan (dirs.); Orduz, Natalia y Buriticá, Paula (2010): Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Universidad de los Andes / Facultad de Derecho Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Colombia.

Rodríguez van der Hammen, Ana Sabina (2013): El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación. Bogotá, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho.

Ruiz, Osvaldo (2007): “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, n.o 118, México.

Ruiz, Juan Carlos y Roel, Luis (2011): Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Ruiz, Juan Carlos; Roel, Luis y La Rosa, Javier (2011): En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011): Tienen los pueblos indígenas derecho a veto? Corte Constitucional de Colombia se pronuncia sobre el tema. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=543>, consultada en junio de 2014.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011): La Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Una mirada constitucional. Lima, Instituto de Defensa Legal y Justicia Viva.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2012): La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Salazar, Katya (2010, septiembre): “El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas”. En Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal, n.º 14, año 3. Washington D. C.

Salmón, Elizabeth (2011): “Entre las promesas de consulta previa y la continuidad de la protesta social: la ambigüedad de la participación política indígena en el Perú”. En Víctor Hugo Cárdenas y otros: Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS).

Salmón, Elizabeth (coord.); Bregalio, Renata; Ocampo, Diego y Olivera, Jean Franco (2012): La Consulta Previa, Libre e Informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Lima, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Stavenhagen, Rodolfo - Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. (2007): Informe temático, “Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos”. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/149/26/PDF/G0714926.pdf?OpenElement>, consultada en junio de 2014.

Stavenhagen, Rodolfo (2008): Los pueblos indígenas y sus derechos, México, UNESCO.

Tomei, Manuela y Swepston, Lee (1996): Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169. Geneva, ILO.

Torres, María Alejandra; “Diego García Carrión: «La consulta previa no concede un derecho a veto a las poblaciones»”; El Universo, 12 mayo 2012, Quito, Ecuador.

Tribunal Constitucional del Perú (2010): Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf, consultada en junio de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú (2011): Sentencia del Exp. N° 0025-2009-PI/TC. 17 de septiembre de 2011. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>, consultada en julio de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú (2012): Sentencia del Exp N° 01126-2011-HC/TC. 11 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>, consultada en julio de 2014.

United Nations (2011): UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, consultada en junio de 2014.

Urteaga Crovetto, Patricia (2009): Fundamentación Jurídica del derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú. Colombia: Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui.

Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria (2011): “Current Issues and Trends in Social Impact Assessment”, en Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria (eds.): New Directions in Social Impact Assessment. Conceptual and Methodological Advances, p. 3-19.

Voss Marianne y Greenspan, Emily (2012). “Community Consent Index: Oil, Gas and Mining Company Public Positions on Free, Prior, and Informed Consent (FPIC)”, en Oxfam America: Research Backgrounder series. Disponible en: <http://www.oxfamamerica.org/campaigns/publications/community-consent-index>, consultada en junio de 2014.

Yrigoyen, Raquel (2002): “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *allpanchis. justicia comunitaria en los andes*, vol. 1, año XXXIV, N° 59-60.

Yrigoyen, Raquel (2008): Derechos de pueblos indígenas vinculados a actividades extractivas. Ottawa: Fundación Canadiense para las Américas.

Yrigoyen, Raquel (2010): “A modo de introducción”, en Santos: Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del sur (1 ed). Lima, Perú: IILS, p. 11-17.

Normas

Constitución Política de 1920. Disponible en <http://www.deperu.com/archivos/const-1920.pdf>, consultada en junio de 2014.

Constitución Política de 1933. Disponible en <http://www.deperu.com/archivos/const-1933.pdf>, consultada en junio de 2014.

Constitución Política del Perú de 1979. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>, consultada en junio de 2014.

Constitución Política del Perú de 1993. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>, consultada en junio de 2014.

Decreto Legislativo N° 994: Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00994.pdf>, consultada en junio de 2014.

Decreto Legislativo N° 1090 Que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01090.pdf>, consultada en junio de 2014.

Decreto Legislativo N° 1015 Que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y las de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01015.pdf>, consultada en junio de 2014.

Decreto Ley N° 20653. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/20653.pdf>, consultada en junio de 2014.

Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva. Disponible en [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/documentos/leyes%20de%20comunidades/\(1\)leydecomunidadesnativasley22175.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/documentos/leyes%20de%20comunidades/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf), consultada en junio de 2014.

Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en http://servindi.org/pdf/Ley_de_consulta.pdf, consultada en mayo de 2014.

Decreto Supremo N° 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/2.pdf, consultada en julio de 2014.

Directiva 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Disponible en

<http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2012/06/resoluciones-ministeriales/1359.pdf>, consultada en julio de 2014.

Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/3.pdf, consultada en julio de 2014.

Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26505.pdf>, consultada en junio de 2014.

Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27811.pdf>, consultada en julio de 2014.

Ley N° 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales. Disponible en http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13270/PLAN_13270_2014_Ley_27867_ley_organica_GR.pdf, consultada en julio de 2014.

Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac04.pdf>, consultada en julio de 2014.

Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Disponible en http://www.peru.gob.pe/Nuevo_Portal_Municipal/portales/Municipalidades/1340/entidad/PM_MUNICIPALIDAD_DETALLE.asp?pk_id_entidad=1340&pk_id_tema=79171&pk_id_sub_tema=7800, consultada en julio de 2014.

Ley N° 28736, Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28736.pdf>, consultada en julio de 2014.

Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Disponible en http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/14110/PLAN_14110_Ley_N%C2%B0_29158_-_Ley_Org%C3%A1nica_del_Poder_Ejecutivo_2012.pdf, consultada en julio de 2014.

Ley N° 29261, Ley que deroga los Decretos Legislativos Núms. 1015 y 1073, y restituye la vigencia de los artículos 10° y 11° de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29261.pdf>, consultada en junio de 2014.

La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Ley%2029785%20Consulta%20Previa%20pdf.pdf>, consultada en junio de 2014.

GLOSARIO DE TERMINOS

- 1. Convenio 169:** Instrumento jurídico internacional vinculante que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. El convenio hace hincapié en los derechos de trabajo de los pueblos indígenas y tribales así como su derecho a la tierra y al territorio, a la salud y a la educación. Determina la protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de los pueblos indígenas, y define la importancia especial que para las culturas de nuestro territorio y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios.
- 2. Derecho a la Consulta:** Derecho colectivo de los pueblos a ser consultados por el Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente sus derechos colectivos. Su implementación tiene la finalidad de garantizar los derechos colectivos de los pueblos y establecer mecanismos de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos para lograr acuerdos respecto a la aprobación de medidas susceptibles de afectar directamente sus derechos colectivos.

- 3. Derecho al Consentimiento:** Instrumento que sirve para proteger el derecho de los pueblos a participar decisivamente en la adopción de decisiones sobre sus intereses colectivos, a la vez que genera obligaciones para los Estados. Se trata del consentimiento obtenido libremente -sin intimidación ni influencia indebida-, otorgado mediante una decisión voluntaria, y después de haberle proporcionado a los pueblos la información adecuada, accesible y comprensible, en una forma y en un lenguaje que estos entiendan.
- 4. Derechos Humanos:** Libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.
- 5. Ley N° 29785:** Es la Ley peruana del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el C169 de la OIT, ratificado por el Estado peruano.
- 6. Pueblos Indígenas:** Grupos culturalmente diferenciados que mantienen un vínculo ancestral con las tierras en las que viven, o en las que desean vivir. Los pueblos indígenas poseen idiomas, sistemas de conocimientos y creencias particulares y poseen conocimientos importantes de prácticas relacionadas con la ordenación sostenible de los recursos naturales. Su relación con la tierra y el uso tradicional que hacen de ella tienen su particularidad propia. Sus tierras ancestrales tienen importancia fundamental para su supervivencia física y cultural colectiva como pueblos. Los pueblos indígenas tienen sus propios conceptos del desarrollo, basados en sus valores tradicionales, su concepción del mundo, sus necesidades y sus prioridades.
- 7. Pueblos Originarios:** Denominación con la que se conoce a los habitantes de un lugar específico cuya cultura, historia, tradiciones, cosmología y forma de vivir tienen un arraigo social e histórico profundo, consecuencia directa del territorio que habitan, el cual es partícipe y a la vez sustento de las características mencionadas.

- 8. Pueblos Tribales:** Conjunto de personas que proceden, generalmente, de la asociación de varias familias, que habitan un poblado o aldea en un territorio geográfico definido, que están dirigidas por las personas mayores (jefes o patriarcas). Los humanos que componen estos pueblos suelen ser de la misma raza, creencias y costumbres.
- 9. Reglamento de la Ley N° 29785:** Norma que tiene por objeto reglamentar la Ley N° 29785, ley de Consulta Previa en el Perú, para regular el acceso a las consultas, características esenciales del proceso de consulta y de la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AIDSESP	Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CCP	Confederación Campesina del Perú
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CEDR	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CFI	Corporación Financiera Internacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNA	Confederación Nacional Agraria
CONACAMI	Confederación Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería
CONAP	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPLI	Consentimiento Previo, Libre e Informado
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DINOES	División de Operaciones Especiales
DIROES	Dirección de Operaciones Especiales
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
IBC	Instituto del Bien Común
KFW	Banco Alemán de Desarrollo
LCP	Ley de Consulta Previa

OEA	Organización de los Estados Americanos
ONAMIAP	Organización Nacional de Mujeres Indígenas, Andinas y Amazónicas del Perú
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PGO	Plan General de Operaciones
PNP	Policía Nacional del Perú
SICNA	Sistema de Información sobre Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana
TLC	Tratado de Libre Comercio
TC	Tribunal Constitucional