



Instituto de Iberoamérica
Universidad de Salamanca

Tesis que para la obtención del título de Máster en Estudios Latinoamericanos presenta:

Amelia Isabel Alva Arévalo

Bajo la dirección académica del:

Dr. Salvador Martí i Puig

Titulada:

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Análisis y perspectivas de su ejercicio en el Perú



instituto de iberoamérica
universidad de salamanca

2010

A mi familia.

Por ser lo que son, el mejor regalo de mi vida.

Agradecimientos:

A quienes luchan y exponen su vida por defender sus derechos.

A mis padres y a mi hermano, por ser mi fuerza y mi inspiración constante.

A la Fundación Carolina y al Centro Global para la Democracia y el Desarrollo por otorgarme todas las facilidades institucionales para iniciar y terminar con este proyecto.

Al Dr. Salvador Martí por aceptar dirigir esta investigación, por escucharme y animarme a continuar.

A la Dra. Marta León, al Dr. Sebastián Linares y, en especial, al Dr. Luis Pásara por aceptar conformar mi jurado.

Al Dr. Miguel Carrera por su interés en el desarrollo de mis actividades y por sus esfuerzos de llevar adelante la Cátedra Indigenista.

A la Dra. Flavia Freidenberg por todos sus consejos y apoyo.

A mis compañeros y amigos del Máster: Renata McGregor, Lucía Mancuello, Elsa Ortiz, Ana Daniela Pabón, Enrique Patriau, Aislan Queiroz, Raquel Suñé y Natalia Vievskaya, sin ellos no lo hubiera logrado, de lejos o de cerca, han sido mi soporte y me han permitido ver la vida de otra manera, mil gracias.

A Jorgelina Sannazzaro y Mónica Villarroel por estar siempre conmigo.

A mis amigos que desde Perú, colaboraron con esta investigación: Pamela Cadillo, Stuart Graham, Elizabeth Cueto, Rosario Gómez, Elia Rodríguez, Omar Peraldo, Luis Francia y Alicia Abanto.

Por último, mis agradecimientos a mis compañeras del equipo de investigación: Aurelija Laurusonyte, Claire Wright, Isabel Inguanzo y Renata McGregor quienes bajo la dirección del Dr. Salvador Martí, compartimos de interesantes y gustosos encuentros y debates.

A todos ustedes, otra vez, gracias.

ÍNDICE

I. Introducción	1
II. Justificación del estudio	4
III. Marco Teórico	6
3.1. El derecho a la Consulta previa, libre e informada	7
3.1.1. Opinión de los organismos financieros sobre el derecho a la consulta previa	14
3.2. Fundamentación del derecho a la consulta previa	15
3.3. Algunas experiencias sobre consulta previa en Latinoamérica	17
IV. Los Pueblos indígenas en el Perú	22
4.1. ¿Cómo son definidos los Pueblos Indígenas en el Perú?	22
4.2. Presencia de los pueblos indígenas en el Perú	25
4.3. Marco jurídico internacional sobre pueblos indígenas aplicable	28
V. El derecho a la consulta previa en el Perú	31
5.1. Deslindando con la participación ciudadana	31
5.2. Antecedentes del tratamiento normativo de la consulta previa y participación de los pueblos indígenas en el Perú	33
5.3. Normativa vigente de la consulta previa a los pueblos indígenas	34
5.4. Normativa complementaria sobre el derecho a la consulta previa	42
5.5. Proyectos de ley sobre el derecho a la consulta previa	45
5.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre consulta previa	48
5.7. Casos que ilustran el ejercicio del derecho a la consulta en el Perú	50
5.7.1. Caso Tambogrande	50
5.7.2. Caso Tintaya	54
VI. Política estatal peruana con relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas	57
6.1. Revisión del desarrollo legal e institucional de los pueblos indígenas peruanos	57

6.2.	Lineamientos de actuación del actual gobierno en relación al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas	62
VII.	Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta en el Perú. Respuesta del Estado Peruano post conflicto de Bagua	65
7.1.	El camino recorrido hacia la ley de consulta previa	67
7.2.	Encuentros y desencuentros	73
VIII.	Conclusiones	76
IX.	Gráficos	79
X.	Referencias	81

Abreviaturas:

AIDSESP: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

BHP: The Broken Hill Proprietary Ltd.

DL: Decreto Ley

D. Leg. Decreto Legislativo

DP: Defensoría del Pueblo

DS: Decreto Supremo

DGAAE: Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de energía y

Minas

DREM: Dirección Regional de Energía y Minas

CEACR: Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

COFOPRI: Organismo de Formalización de la Propiedad Informal

CONAPA: Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos

Convenio 169: Convenio 169 de la OIT. Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

CONACAMI: Confederación Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería

CONAP: Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú

CORECAMI: Coordinadora Regional de Comunidades Afectadas por la Minería

CPAAAAE: Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

CR: Congreso de la República

CPP: Constitución Política del Perú

DGAAE: Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos

DREM: Direcciones Regionales de Energía y Minas

EIA: Estudios de Impacto Ambiental

EA: Estudios Ambientales

FENAMAD: Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes

FONDO INDÍGENA: Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe

INDEPA: Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos

INEI: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú

MCLCP: Mesas de Concertación para la Lucha contra la Pobreza

MMC: Manhattan Minerals Corporation

MEM: Ministerio de Energía y Minas

MINDES: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social

MINTRA: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

OEA: Organización de los Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONG: Organismos no Gubernamentales

PC: Participación Ciudadana

PE: Poder Ejecutivo

PERUPETRO SA: Empresa estatal de derecho privado, se encarga de negociar, celebrar y supervisar los contratos en materia hidrocarburífera y los Convenios de Evaluación Técnica.

PETT: Programa Especial de Titulación de Tierras

PI: Proceso de Inconstitucionalidad

PL: Proyecto de Ley

PROMUDEH: Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano

RL: Resolución Legislativa

RM: Resolución Ministerial

TC: Tribunal Constitucional

TLC: Tratado de Libre Comercio

“(...) ellos están haciendo sus leyes y la gente del campo no sabemos nada, pero ahora ya vamos despertando, ahora ya no va a ser lo mismo, como antes han tratado a los campesinos, nos han tratado de ignorantes, nos han tratado de todo, pero es la gente más sana, la gente limpia... pedimos que se respete la decisión de las comunidades, si las comunidades dicen que no!, pues que no!”
Mujer Campesina de Majaz, Perú

I. Introducción

El interés en realizar esta investigación tiene sus orígenes en los acontecimientos producidos durante el conflicto en la Amazonía peruana en junio de 2009, que tuvo como saldo la muerte de una treintena de personas y cuantiosos daños personales y materiales¹. Diversos informes intentan explicar sus causas², la principal conclusión de todos ellos es la desatención del pedido que hicieran las poblaciones indígenas al Congreso de la República para que derogue once decretos legislativos promulgados por el Presidente Alan García sin que se les haya consultado previamente pese a que estas leyes inciden de forma directa sobre sus derechos e intereses, contraviniendo de esta forma lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional ratificado en 1993 y de cumplimiento obligatorio para el Estado peruano.

En tal contexto, podrían presentarse diversas hipótesis sobre el surgimiento de la violencia en este conflicto. A nuestro entender, la incapacidad de diálogo y concertación del gobierno peruano, la permanente exclusión de los pueblos indígenas o la falta de mecanismos claros para su participación constituyen razones que, muy lejos de justificar, pueden aportar algunas explicaciones que permitan entender porqué se llegó a este trágico desenlace. No obstante, más allá de los desaciertos de la gestión gubernamental o de algunas decisiones incorrectas que pudo haber tenido la representación indígena en el transcurso del conflicto, hay un problema necesario de atender, y el cual motiva la elección de nuestro tema de estudio. En tal sentido, este estudio tiene por finalidad describir el tratamiento de la consulta previa en el Perú, como mecanismo de participación de los pueblos indígenas en las medidas legales o administrativas que les afecten directamente. Para realizarlo me he fijado cuatro objetivos específicos: 1. Determinar el avance del reconocimiento constitucional y legal de este derecho; 2. Fijar cuáles son los mecanismos

¹ En el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre su actuación en los acontecimientos en Bagua y Utcubamba, se presentó un balance de las muertes y daños que dejó el conflicto: treintatré personas muertas, veintitrés policías, cinco indígenas y cinco pobladores de Bagua; un desaparecido; doscientas personas heridas y cuantiosos daños materiales.

² Hablamos de los informes presentados por la Comisión encargada de investigar los sucesos de Bagua, tanto en mayoría como en minoría; de la Defensoría del Pueblo; del Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y de la Federación Internacional de Derechos Humanos.

institucionales que se han creado para su ejercicio; 3. Explicar de qué modo se viene aplicando el derecho a la consulta previa en el Perú 4. Verificar, mediante la revisión de casos, si la aplicación de los mecanismos de consulta implementados ha sido eficaz para generar y mantener un diálogo intercultural.

Previamente, se necesita aclarar que desde la perspectiva del derecho internacional, la consulta previa está considerada como un derecho diferente al de participación, el Convenio 169 los regula como derechos complementarios entre sí y los define como la “piedra angular” para el cumplimiento del resto de sus disposiciones(OIT:2009:59). Sin embargo, desde el ámbito legal peruano, la consulta previa se ha entendido como una especie del derecho de participación ciudadana, esto lo demuestran los últimos instrumentos normativos aprobados en el sector de hidrocarburos, de minería y ambiental. Sin ánimo de crear mayor debate, nosotros sostenemos que el derecho a la consulta previa es una forma en que los pueblos indígenas ejercen el derecho a participar, pero sus características especiales hacen de ella un derecho diferente y único.

Al ser nuestro punto referencial lo ocurrido en la Amazonía peruana en junio pasado, intentaremos explicar en qué medida este conflicto ha propiciado que el gobierno peruano realice diversas acciones que desarrollen el derecho a la consulta previa, para ello se analizará desde una perspectiva comparada en el tiempo - pre y post Bagua³- la normativa y las medidas efectuadas por el Estado con relación a su implementación. Las hipótesis de trabajo que proponemos son: 1. Que la protesta amazónica ha servido de impulso para que, a través de un esfuerzo conjunto de los actores, se incluya al derecho a la consulta previa en la agenda del debate público y político peruano; y, 2. Que los mecanismos jurídicos implementados por el Estado peruano sobre lo que ha denominado consulta no son efectivos porque no han sido elaborados de forma intercultural.

La metodología utilizada en este estudio corresponde a uno de carácter descriptivo explicativo, porque se busca establecer las repercusiones de la movilización amazónica sobre el tratamiento de la consulta previa, objetivo que será alcanzado gracias a los datos empíricos primarios obtenidos a través de entrevistas a los principales actores, entre políticos y representantes indígenas, que están aportando a la promulgación de una ley de consulta previa en el Perú. Asimismo se tendrán en cuenta los avances internacionales, las disposiciones constitucionales, la legislación y reglamentación desarrollada que ha servido para su implementación. La bibliografía ha sido elegida entre informes actualizados de

³ El conflicto Amazónico también es conocido como Conflicto de Bagua o “Baguazo” porque los hechos más violentos registrados el 5 de junio de 2009 ocurrieron en las provincias de Bagua y Utcubamba, en el departamento de Amazonas, Perú.

organismos nacionales e internacionales, así como libros obtenidos en bibliotecas peruanas, donde se viene desarrollando una vasta bibliografía sobre participación ciudadana e indígena, a razón del crecimiento de las actividades extractivas y su afectación al medio.

La primera parte de la investigación pretende acercarnos teóricamente a la consulta previa, mediante el análisis del marco jurídico universal y regional de los derechos de los pueblos indígenas, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollada en los últimos años; de las opiniones de organismos internacionales de carácter financiero y no financiero, tales como las Naciones Unidas, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo; y verificar desde una perspectiva comparada cómo se viene tratando el derecho a la consulta previa en algunos países latinoamericanos.

A manera de introducción a la realidad indígena peruana, se considera conveniente hacer una corta referencia sobre el marco jurídico internacional aplicable, así como la definición de “lo indígena” y las consecuencias que ha generado esta concepción en la elaboración de los datos correctos sobre su presencia en el país. Con todo ello, ingresamos al apartado del derecho a la consulta previa en el Perú, en él analizaremos sus antecedentes normativos, las normas directamente relacionadas a la consulta previa y participación; y otras de carácter complementario; desde luego, los proyectos de ley presentados (antes del conflicto amazónico) en el Congreso de la República y la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Por otro lado, también se mencionarán de manera referencial algunos casos que dan cuenta de conflictos sociales protagonizados por pueblos indígenas y en los que se han realizado procesos de consulta, aunque no propiamente dichos como lo señalan los parámetros del derecho internacional, pero que son de gran utilidad para entender la importancia que implica su ejercicio para los pueblos indígenas y el impacto que han tenido en la gobernabilidad del país.

Finalmente, se analizará la política estatal peruana en relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y como ésta ha ido desarrollándose en las últimas décadas; así como la agenda estatal sobre pueblos indígenas post Baguazo que nos permitirá vislumbrar cuáles son las perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta. La prueba final y lo que aun no está a nuestro alcance examinar será si los esfuerzos que vienen mostrando algunos sectores del gobierno son suficientes para atender la problemática indígena, no cabe duda que es un primer paso para conseguir un cambio en las estructuras políticas, sociales y económicas del país, que permitan la movilidad y la mayor apertura del sistema político, lo cual significará a su vez lograr un país con una democracia verdaderamente participativa.

II. Justificación del estudio

Se pueden mencionar diferentes justificantes para el presente estudio, tales como la presencia importante de población indígena en el Perú o su permanente exclusión social, política y económica pese al crecimiento de las cifras macroeconómicas del país y al retorno a la democracia. Sin embargo, como el interés de realizar este trabajo parte del conflicto amazónico, el principal motivo lo constituye la frecuencia cada vez mayor de los conflictos sociales en el Perú, especialmente de carácter socioambiental, en el que los principales protagonistas son los pobladores rurales, en su mayor parte indígenas; que no contarían con mecanismos eficaces de participación ni una verdadera voluntad política para permitírselo.

La Secretaría de Coordinación de la PCM encargada de coordinar y realizar acciones para la prevención de conflictos ha registrado 141 conflictos sociales hasta diciembre de 2009, de los cuales 73 son socioambientales, representando el 52% del total. El Ministerio de energía y Minas es el sector competente de conocer el 59% de estos⁴.

Por su parte, al 31 de enero último, la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la DP presentó el 71° Reporte de Conflictos Sociales, en el que se registraron 260 conflictos sociales: 170 (65%) están activos y 90 (35%) en latencia; 121 de los conflictos sociales son de tipo socioambiental, seguido por conflictos por asuntos de gobierno local (37 casos) y por temas laborales (28 casos). La mayor parte de conflictos sociambientales responden a reclamos contra la actividad minera (77 casos), contra el sector de hidrocarburos (15 casos) y contra la forma de tratamiento de los residuos sólidos (11 casos)⁵, entre las razones se encuentran el temor a una posible contaminación ambiental o porque ya se dio ésta, lo que se atribuye principalmente a la escasa información compartida con las comunidades y con la falta de participación de éstas en los procesos de concesión de estos proyectos de inversión privada⁶.

Lo resaltante es que los conflictos se presentan en lugares donde grandes o medianas mineras y petroleras desarrollan sus actividades, y en los que el nivel socioeconómico de la población es muy bajo, llegando a la pobreza y a la extrema pobreza; por ello los protagonistas de estos conflictos son principalmente las comunidades

⁴ Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Coordinación. “Reporte de conflictos sociales a diciembre de 2009”. Págs. 1-4

⁵ Defensoría del Pueblo del Perú, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. “71° Reporte de Conflictos Sociales”. Pág. 50.

⁶ El crecimiento de la conflictividad en el Perú puede ser apreciado en el Gráfico N° 1.

campesinas, seguidos por los “frente de lucha de intereses” que conforman sectores de la población organizada⁷.

El crecimiento económico peruano basado principalmente en las exportaciones de minerales e hidrocarburos estaría acompañado de un creciente descontento social. Los movimientos sociales se manifiestan no solo contra la empresa, también lo hacen contra el Estado a quien reclaman asuma su rol protector de derechos. El proyecto neoliberal emprendido en los noventa no tomó en cuenta una característica esencial del Perú: su multiculturalidad, que lo hace un país especial y complejo. No se tomó en cuenta por ejemplo que la mayor parte de actividades realizadas por la población indígena solo sirven para su autoabastecimiento, y que la lógica del mercado muchas veces les es ajena (DP:2007:36). Las consecuencias de esto se están dejando sentir, lo demuestran las diversas protestas que se reportan casi a diario y que han golpeado en varias ocasiones la gobernabilidad del país.

No solo el nuevo esquema neoliberal es un ingrediente de los conflictos, esta razón se complementa por la forma que desde el gobierno se vienen manejando los recursos naturales estratégicos. Según el artículo 66 de la Constitución vigente, los recursos naturales son patrimonio de la Nación, por lo tanto el Estado es soberano en su aprovechamiento. Sucede que las comunidades campesinas y nativas consideran que estos recursos les pertenecen porque están en sus territorios, la posición de los gobiernos ha sido contraria y ante la inexistencia de mecanismos eficaces de diálogo, este esquema ha ido degenerándose en serios conflictos sociales. Además la percepción que tienen los pobladores es que junto a su pobreza y perjuicio a su salud y al medio que les rodea, las grandes empresas están obteniendo exorbitantes ganancias, lo cual no necesariamente les debe ser objetado, por el contrario, exigen al Estado que trabaje en mejorar sus estrategias para un adecuado manejo de los recursos provenientes del canon y del sobre canon, y orientar estas ganancias hacia el provecho y desarrollo de sus poblaciones aún marginadas.

La finalidad de esta investigación no es arremeter contra las actividades extractivas, solo se quiere dar cuenta que con la participación efectiva de la población, estas actividades podrían ser provechosas para todos y no solo para un sector reducido; países como Canadá o Noruega desarrollan actividades extractivas de manera exitosa y cuentan con la participación de sus pueblos indígenas, es innegable que los procesos histórico-sociales son distintos con relación al Perú, pero de alguna forma se podrían adquirir ciertas experiencias que prevean el respeto al medio ambiente y a la diversidad cultural. Desde luego, esta

⁷ Ibid p. 54

disertación está orientada a establecer que la consulta previa es un mecanismo que podría evitar la conflictividad, por un lado, porque significaría la posibilidad de los pueblos indígenas a participar en las decisiones que les afecten directamente y, por otro, porque permitiría obtener a los inversores una “licencia social” para efectuar sus actividades con total legitimidad.

Ya la DP del Perú ha advertido que una de las principales demandas en las protestas indígenas es la implementación de la consulta previa; de hecho ha sostenido que “*algunas comunidades ven en la consulta una posibilidad de intervenir activamente antes de que el Estado comprometa la extracción de los recursos que se encuentran en sus tierras y que pudieran ser afectados*” (DP:2007:42). En consecuencia, un proceso de consulta planteado seriamente y en que los actores actúen de buena fe es necesario para conseguir y mantener la paz social, la democracia y la gobernabilidad.

III. Marco Teórico

Es innegable que durante las últimas décadas el derecho de los pueblos indígenas se ha desarrollado rápidamente. Desde los años sesenta esta temática fue presentada en la Agenda de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creándose recién en 1981 el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el cual se constituye en el único instrumento que trata específicamente de los pueblos indígenas y que tiene la capacidad de participar y recomendar la elaboración de nuevas normas internacionales (Kempf:2007:167). Una de las propuestas de este Grupo de Trabajo fue la declaración del Año Internacional de los Pueblos Indígenas; que en 1994 derivó en la declaración del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995 – 2004), los cuales sirvieron como marco para la realización de diversos debates en torno a la problemática que enfrentan a nivel mundial.

Los esfuerzos a lo largo de estos años, se han materializado con la inclusión de temas indígenas en diversos convenios y tratados a nivel universal y regional, así pues se puede afirmar que la problemática indígena es de carácter transversal en el derecho internacional. Sin embargo, uno de los hitos de mayor importancia para el desarrollo de sus derechos lo constituye la aprobación del Convenio 169 de la OIT, que a diferencia de su antecesor, el Convenio 107 de la OIT relativo a la protección e integración de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, significa una evolución en el planteamiento de lo que debe ser entendido como derechos de los pueblos indígenas,

reforzando su contenido, en relación a principios básicos de respeto, inclusión y participación⁸.

Este Convenio fue ratificado por veinte países⁹, la mayoría latinoamericanos con una considerable población indígena. No cabe duda que a casi dos décadas de su aprobación, se ha constituido en un documento importante para los pueblos indígenas, sirviendo de inspiración a sus diversas organizaciones para promover y proteger sus derechos (OIT:2009:5), así como para invocar el reconocimiento y respeto de los mismos ante los tribunales nacionales e internacionales; sus normas son una evolución en la legislación internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, alejándose del espíritu asimilacionista que tenía su antecesora al reconocer nuevos derechos que implican la construcción de una ciudadanía multicultural, en el cual la autonomía, la participación y la consulta previa son derechos claves.

3.1. El derecho a la consulta previa, libre e informada

El derecho a la consulta previa se encuentra en diversos artículos del Convenio (6, 15, 16, 17, 22, 27 y 28); el artículo 6 del Convenio 169 nos entrega una definición general del derecho a la consulta, que puede ser aplicada a los demás artículos mencionados, se trataría de una disposición básica, sobre el cual recae la normatividad e interpretación que al respecto se ha desarrollado, en términos de la CEACR, se trata de un artículo medular sobre el cual reposa la aplicación de las demás disposiciones¹⁰.

Así pues, este artículo establece la obligación de los Estados parte de 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 la manera de cómo deberá efectuarse dicho procedimiento, su segundo párrafo sí establece ciertos principios que serán necesarios tener en cuenta: la buena fe y que responda de forma apropiada a las circunstancias. Se establece además que la consulta tiene como finalidad lograr un acuerdo o el consentimiento de la población indígena.

⁸ Aunque no faltaron países que se resistieron a aprobar los contenidos del Convenio 169, bajo la excusa de la inexistencia de población indígena en sus territorios, finalmente tuvo que ser aceptado, muchas veces a razón de que los fondos de sus entidades cooperantes se orientan a promover proyectos de desarrollo para los pueblos indígenas (Kuppe: 1995:97-99).

⁹ Estos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominicana, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Noruega, Países bajos, Paraguay, Perú y Venezuela. El listado de países junto a su fecha de ratificación se encuentran disponibles en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169>. Consultado el 24 de enero de 2010.

¹⁰ Informe de la CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6.

El presupuesto general establecido en el artículo 6 consiste en que la consulta previa será aplicada sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas; esta disposición es complementada junto a otras situaciones que el Convenio ha considerado resaltar en disposiciones específicas:

- El Estado tiene la obligación de efectuar la consulta antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras; la finalidad no sólo sería conseguir el acuerdo o consentimiento de la población, sino determinar si los intereses de estos pueblos resultarían perjudicados y si es así, establecer la medida de perjuicio (artículo 15.2).
- Los desplazamientos o las reubicaciones de los pueblos indígenas solo pueden darse si son necesarios y siempre y cuando estos expresen su consentimiento libre e informado, obtenido a través de un proceso de consulta previa (artículo 16.2).
- En el caso de disposición de los territorios ocupados por pueblos indígenas, el Estado por sí solo no podrá disponer de ellas. El párrafo segundo de este artículo establece que deberá consultarse a los pueblos interesados cuando se considere enajenar sus tierras o transmitir otro título a terceros que no pertenecen a la comunidad (El Artículo 17).
- El Estado está obligado a consultar a los pueblos indígenas sobre la organización y funcionamiento de los programas de formación profesional (artículo 22.2)
- Los pueblos indígenas tienen derecho a crear sus propias instituciones y medios de educación, sin embargo, estas deben cumplir con estándares mínimos que establezca la autoridad competente, las que a su vez deben ser consentidas en consulta con estos pueblos (artículo 27.3).
- Ante la inviabilidad de enseñanza para leer y escribir a niños indígenas en su propia lengua, las autoridades competentes deben celebrar consultas con los pueblos con miras a adoptar medidas que permitan alcanzar este objetivo (artículo 28.1).

Otro de los instrumentos internacionales, producto de un intenso trabajo es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de setiembre de 2007 por 143 países. Este documento reconoce importantes avances y ratifica disposiciones del Convenio 169, por ejemplo, en los temas de salud, participación, libre determinación y consulta previa; este último es tratado en los artículos 15, 17, 19, 30, 32 y 36.

El artículo 19 de la Declaración tiene una redacción muy similar al artículo 6.2 del Convenio 169, no obstante, la Declaración establece como objetivo de la consulta el “**consentimiento libre, previo e informado**”, un matiz necesario tener en cuenta. Ahora bien, de acuerdo a las “Directrices sobre Asuntos de los Pueblos Indígenas” elaboradas en el 2008 por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, estas características son definidas de la siguiente manera:

- Libre: En el sentido que no hay coerción, intimidación ni manipulación.
- Previo: Significa que la obtención del consentimiento se ha conseguido con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades a través de la consulta.
- Informado: Implica que la información suministrada debe abarcar un conjunto de aspectos relacionados directamente a la medida que se desea implementar. El contenido que debe tener la información y que da cuenta esta directriz, está referido a los proyectos de actividades extractivas en territorios de los pueblos indígenas¹¹.

Al establecer que el consentimiento es el fin del proceso de consulta nos invita a preguntarnos ¿qué sucede cuando no se llega a conseguirlo? ¿Acaso la Declaración está otorgando poder de veto a las poblaciones indígenas?. No cabe duda, que el concepto de “consentimiento, previo, libre e informado” está relacionado a un aspecto controversial del ejercicio de la consulta que vale la pena abordar: el “poder de veto”; que muchos pueblos indígenas consideran tener y que se ha constituido en la razón principal de algunos Estados para no comprometerse a desarrollar este derecho en el ordenamiento jurídico nacional.

Por su parte, el Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas de la ONU, James Anaya, ha señalado en el Informe A/HRC/12/34 que la consulta no confiere poder de veto a los pueblos indígenas, aunque tenga la finalidad de obtener su consentimiento. Es un derecho que está orientado a evitar conflictos a través de la construcción de consensos logrados por la posibilidad de diálogo entre las partes. En el mismo sentido lo señala la CEACR “*la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y*

¹¹ La totalidad de los aspectos que deben ser informados a los pueblos indígenas para que estos puedan brindar su consentimiento libre, previo e informado, están enumerados en las “Directrices sobre Asuntos de los Pueblos Indígenas”, del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Febrero 2008. Pág. 32.

resolver conflictos”¹². Por esta razón, es necesario que los Estados se comprometan a establecer mecanismos idóneos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan participar y expresar también sus intereses, se entiende que este proceso debe ir acompañado del fortalecimiento de las capacidades de estas poblaciones, a fin que sus exigencias tengan suficiente sustento en los espacios que se creen para exponerlos:

*“(…) los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.”*¹³

Los artículos de la Declaración referidos a la consulta, son una innovación con relación a los pertenecientes al Convenio, ya referidos. Así, de forma complementaria regula aspectos que no están de manera explícita en aquel documento, advirtiendo que la consulta deberá aplicarse en los siguientes casos:

- Para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad (artículo 15.2)
- Para la adopción de medidas que coadyuven a la protección especial al niño indígena frente a la explotación económica y laboral (artículo 17.2)
- Para obtener su aprobación a fin de ocupar sus tierras o territorios para actividades militares (artículo 30)
- Para aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, en particular a proyectos relacionados al desarrollo, a la utilización o a la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32)
- Para establecer medidas que faciliten a los pueblos indígenas ejercer el derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social entre sus propios miembros y con otros pueblos a través de las fronteras (artículo 36).

¹² Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6.

¹³ ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Abril de 2009. Párrafo 40.

Desde la vigencia del Convenio 169, se han dado una serie de interpretaciones y aclaraciones de cómo debería ser entendido y aplicado este derecho, el Relator James Anaya ha sugerido algunos lineamientos ante el Consejo de Derechos Humanos en su 12º período de sesiones de setiembre de 2009. De hecho, cuando se habla del derecho a la consulta saltan una serie de cuestiones: Cómo, qué, a quién, dónde, cuándo, para qué, por qué se consulta; nada fáciles de resolver, pero que son necesarias de afrontar y solucionar.

Uno de los principales obstáculos es saber con certeza el ámbito de aplicación de este derecho, debido a que la redacción del artículo 6º es demasiado general al señalar que la consulta se efectuará siempre que se traten de “*medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”, es posible interpretar que cualquiera de estas medidas van a recaer sobre los pueblos indígenas, especialmente una ley, por ser de aplicación nacional; no obstante, tal como lo sostiene el relator, el ámbito de aplicación de la consulta será establecido “*siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*”¹⁴. Es decir, el deber de consultar solo se puede ejercitar cuando se trata de leyes o actos administrativos que tengan una *incidencia diferenciada* sobre los pueblos indígenas o cuando tengan un interés particular sobre estos asuntos, tal es el caso de las disposiciones sobre tierras o recursos naturales, que muchas veces implican no solo la afectación de la relación del indígena con su hábitat sino la reubicación de las familias indígenas.

Responder el “cómo” tiene que ver, entre otras cuestiones, con la medida a adoptar, es decir, sea ésta legislativa o administrativa, como ambas tienen alcances diferentes y sus repercusiones son distintas, el ámbito de aplicación se diferencia de acuerdo al tamaño del grupo que afectará, por ejemplo, habría una diferencia en consultar entre una reforma constitucional o la adopción de un tratado internacional y un acto administrativo, aquellas tendrían una cobertura más amplia, que implica a la totalidad de pueblos indígenas de un determinado Estado.

El documento “Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile” elaborado por el Relator James Anaya, se constituye con seguridad en una fuente imprescindible para entender el derecho a la consulta; en él se proponen seis principios, los cuales pueden ser atendidos por los países de acuerdo a sus propias condiciones, tal como lo establece el artículo 34 del Convenio 169. Los principios de la consulta previa que se indican en el citado informe son los siguientes: 1. Debe realizarse con carácter previo; 2.

¹⁴ ANAYA, James. Informe A/HRC/12/34. Párrafo 43.

No debe agotarse con la mera información; 3. Debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; 4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente; y 6) Debe determinarse su alcance. La aplicación de estos principios significa involucrar en todas las etapas a los pueblos indígenas, desde el inicio de cualquier medida que se pretenda realizar y no solo al momento de obtener el consentimiento, esta apertura implica a su vez brindar la suficiente información para que puedan expresar su voluntad¹⁵; en tal sentido, la información – en especial, en uso de su propia lengua - es imprescindible para establecer la igualdad entre las partes en el conocimiento del fondo del asunto y en la generación de confianza y buena fe en el diálogo. Se debe tener en cuenta que los pueblos indígenas han sido históricamente marginados y su desconfianza hacia las instituciones públicas es una realidad, necesaria de cambiar, la consulta se constituiría en una oportunidad para revertir esta injusta situación.

Cuando el Relator señala que la consulta debe darse a través de “*procedimientos apropiados*” e “*instituciones representativas indígenas*”, en realidad está tomando nota de la diversidad cultural existente y de la imposibilidad de establecer una regla general y única para todos sobre cómo aplicarla, ya que los procedimientos dependerán de la materia que se pretende consultar, así como de las propuestas de los propios pueblos sobre los modos de su realización. Con relación a las instituciones representativas, el Informe sugiere cuatro criterios mínimos de representatividad:

*“(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.”*¹⁶

Por otra parte, en relación a los esfuerzos que a nivel regional se están realizando para configurar un derecho de protección a los pueblos indígenas, no cabe duda que el trabajo más significativo lo vienen realizando la Comisión y, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales se han pronunciado reiterativamente sobre casos que entrañan conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas por no consultar a estos en las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales

¹⁵ Al respecto, el Relator llama la atención de la naturaleza de las audiencias públicas, que muchas veces son confundidas con las consultas, advirtiendo que no son en sí procesos de consulta, debido a que si bien es cierto constituyen espacios de participación de representantes indígenas, no llegan a cumplir la finalidad de aquel que es la de lograr acuerdos u obtener el consentimiento.

¹⁶ ANAYA, James. (Chile). Párrafo. 31

que se encuentran sus territorios¹⁷. La Comisión planteó en el Caso Awas Tingni Vs. Nicaragua que la omisión de los Estados a consultar deriva en la violación de otros derechos humanos:

*“(...) al ignorar y rechazar la demanda territorial de la Comunidad y al otorgar una concesión para aprovechamiento forestal dentro de la tierra tradicional de la Comunidad sin consultar su opinión, “el Estado violó una combinación” de los siguientes artículos consagrados en la Convención: 4 (Derecho a la Vida), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 16 (Libertad de Asociación); 17 (Protección a la Familia); 22 (Derecho de Circulación y de Residencia); y 23 (Derechos Políticos).”*¹⁸

Asimismo, la Corte ha sentado jurisprudencia sobre el derecho de consulta, sosteniendo que:

*“(...) [El Estado] debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones (...).”*¹⁹

Existen varios casos en los que la CIDH reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, especialmente en lo relacionado al uso de los territorios ocupados por ellos o a los traslados forzosos que deben realizar una vez que las empresas de actividades extractivas ingresan a estos territorios, tales como el caso de las Comunidades Mayas del distrito de Toledo Vs. Bélize; el de la comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006) o el Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005). Lo resaltante es que en todos estos casos las decisiones de la Corte se fundamentaron en la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada en base al Convenio 169 de la OIT.

Otro esfuerzo regional es la conformación de un Grupo de Trabajo en el seno de la Organización de Estados Americanos, que desde 1999 tiene la finalidad de promover el debate, la redacción y la aprobación de la “Declaración Americana de los Pueblos Indígenas”, la cual tuvo como base un Proyecto de Declaración elaborado por la Corte Interamericana, al que posteriormente se han sumado aportes y nuevas propuestas de los Estados miembros, representantes de las organizaciones indígenas y otras entidades especializadas en el tema. Con estas propuestas, la presidencia de este Grupo de Trabajo redactó un Texto Consolidado que prevé el derecho a la consulta de manera similar a los documentos señalados.

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo. Aplicación del Convenio N° 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. 2009. Lima. Pag. 13

¹⁸ Caso Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párrafo 156.

¹⁹ Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 177.

3.1.1. Opinión de los organismos financieros sobre el derecho de consulta previa

Debido a que los organismos internacionales de carácter financiero como el Banco Mundial o el BID destinan parte de su apoyo a proyectos relacionados al desarrollo de los pueblos indígenas o a actividades que les atañen directamente, es necesario analizar si sus líneas de actuación, previstas en los informes y políticas elaboradas para tal fin es inclusiva, si se incentiva o no la participación y la consulta de estas poblaciones. Para ilustrar este aspecto nos referiremos en primer término, al encargo que hiciese el Banco Mundial en el 2001 a Emil Salim, ex ministro de Medio Ambiente de Indonesia, para la elaboración de un Informe sobre el papel que debe tener el Banco en relación a las Industrias Extractivas (Informe RIE). En este informe, presentado el 2004, se recomienda al Banco seguir apoyando proyectos de Industrias Extractivas solo si cumplieren con “tres condiciones habilitantes” necesarias para la mitigación de la pobreza mediante un desarrollo sostenible: i) gobernabilidad pública en pro de los pobres; ii) políticas sociales y ambientales eficaces; y iii) respeto a los derechos humanos. Un asunto transversal en estas condiciones, es la protección de los derechos de las comunidades aledañas a los lugares de explotación de los recursos, en la cual se prevé su participación, a través de los procesos en el que puedan manifestar su consentimiento libre, previo e informado sobre proyectos de petróleo, gas o minería.

“El consentimiento libre, previo e informado no debe ser entendido solamente como un voto sí o no, o como un poder de veto para una sola persona o grupo. Más bien, es un proceso mediante el cual los pueblos indígenas, comunidades locales, gobiernos y compañías llegan a acuerdos mutuos en un foro que ofrezca suficiente influencia para negociar las condiciones bajo las cuales se pueda avanzar y un resultado que deje a la comunidad en mejores circunstancias”.²⁰

En setiembre de 2004, el Equipo de Gestión del Banco Mundial²¹ respondió a las observaciones del mencionado informe; en este documento se incluyen medidas de rápida aplicación, entre ellas la aceptación de cualquier proyecto de industria extractiva de parte del Banco a condición de que se efectúen procesos de consulta libre, previa e informada a las comunidades afectadas, no significando que los consultados tengan poder de veto, sino que estos expresen su consentimiento y muestren su apoyo a los posibles beneficios que trajese el proyecto. Además, con esta respuesta, el Banco Mundial se comprometió a revisar y modificar la política que tienen tanto el Banco Internacional de Reconstrucción y

²⁰ “Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas: Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas” (Conocido como “Informe RIE”). Vol. I Pág. IX..

²¹ Banco Mundial. “Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial”. 17 de Setiembre de 2004.

Fomento y la Asociación Internacional de Fomento (BIRF/AIF) sobre pueblos indígenas, con el fin de acoger este principio.

Con relación a la tercera condición del Informe RIE, sobre el respeto a los derechos humanos, se manifiesta la importancia de reconocer y promover los derechos de las poblaciones aledañas al proyecto, en especial de los pueblos indígenas, en tal sentido anunció la elaboración de una guía del proceso de consulta informada que refleje las buenas prácticas; pero deja a cada país configurar los procedimientos legales y administrativos para establecer y diseñar las consultas. En otras palabras, la realización de la consulta es una condicionante para la aceptación de cualquier proyecto extractivo pero a su vez, deja al criterio de cada estado formular su procedimiento como mejor lo considere.

Por su parte, el BID elaboró la “Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena” (2006) aplicable además al Fondo Multilateral de Inversiones; con la finalidad de que a través de las operaciones y actividades que financie el banco se potencien procesos de desarrollo a la economía y gobernabilidad de las poblaciones indígenas. De hecho, establece que todos los proyectos que incidan de manera directa o indirecta sobre los pueblos indígenas deberán contar con procesos socioculturalmente apropiados y efectivos de consulta, para lograr así su consentimiento o llegar a algún acuerdo, en especial aquellos que se traten de proyectos de manejo o extracción de recursos naturales ubicados en sus territorios (BID:2006:8).

Todo lo señalado nos permite colegir que durante los últimos años el derecho a la consulta se ha constituido en un aspecto importante para tratarse en las agendas de los organismos de carácter financiero, dotando de viabilidad a los diversos proyectos de inversión que se aplican en países y zonas donde existe población indígena.

3.2. Fundamentación del derecho a la consulta previa

Desde los últimos años se suele distinguir entre democracia representativa y democracia participativa, en el entendido que esta distinción responde a la necesidad de desarrollar un concepto más amplio de democracia, que abarque situaciones que no necesariamente tienen que estar sujetas a períodos discontinuos, sino a la permanente posibilidad del ciudadano de participar a través de una serie de actos que realicen sus representantes (Oliet:1998:86). Es decir, se intenta visualizar a la democracia ya no como la forma delegativa de ejercer el poder donde los partidos y los gobernantes determinaban de manera unilateral las acciones estatales; la democracia es vista además como la posibilidad de participación de los ciudadanos, de manera individual o colectiva, real y efectiva, en la

vida política, social y económica del Estado, con mecanismos legales y políticos que la fomenten (García-Calabrés:2006:41). Se advierte entonces que ambos tipos de democracia son necesarios y complementarios, porque al unirse conforman un concepto amplio e inclusivo de la misma.

En tal sentido, la democracia participativa viene redefiniendo el viejo concepto de gobierno democrático que significa: i) desde una perspectiva representativa, la formación de partidos políticos y la participación a través del sufragio, ii) desde una perspectiva de gobierno, que los representantes elegidos son los únicos que tienen poder de decisión y que la administración responde a una racionalidad. Frente a ello, surge como nuevo paradigma la participación de los que no eran considerados, especialmente de los pueblos indígenas; ahora no solo se trata de elegir y recibir, sino más que nada, de proponer, de presentar alternativas. Tomando en cuenta el contexto descrito es imprescindible saber ¿cuál sería el fundamento de una participación diferenciada de los pueblos indígenas mediante procesos de consulta previa?

En primer lugar, debemos señalar que la discusión no está en el reconocimiento de derechos individuales de cada indígena, se sostiene que les corresponde iguales derechos que al resto; la polémica se presenta con los derechos colectivos, como la consulta previa, este planteamiento implica de entrada el cuestionamiento a la ideología individualista sobre el cual se construyeron los estados modernos (Oliva:2005:51)

Cuando José Martínez Cobo presentó su “Estudio sobre la Discriminación de los Pueblos Indígenas”²² en 1987 ya advertía que los países trataban de diferente manera su condición jurídica, sin embargo, intentó agruparlos de acuerdo a dos tendencias: i) países que les reconocen una condición jurídica especial y que por ello tienden a protegerlos y a eximirlos del cumplimiento de algunas obligaciones; y ii) países que les reconocen los mismos derechos y obligaciones que tiene el resto de ciudadanos; este grupo incluye a los que han conferido además disposiciones especiales para conseguir que los pueblos indígenas tengan igual posición que el resto de la ciudadanía (Martínez:1987: párrafo 28).

Lo cierto es que aún se debate sobre esto, el otorgamiento de la “capacidad jurídica disminuida” a los pueblos indígenas no parecería justo dentro de un Estado que establece la igualdad entre sus ciudadanos; tomando el concepto de ciudadanía que los Estados Nación adoptaron para poder integrar a todos sus habitantes y colocarlos en igualdad de condiciones, al menos formalmente; sin embargo, no cabe duda que en Estados con presencia indígena este ideal de integración e igualdad aún no ha podido concretarse, lo que

²² Conocido como Informe “Martínez Cobo”

nos lleva necesariamente a repensar en el significado de este concepto. Algunos propugnan la existencia de una ciudadanía multicultural sobre el cual se desarrollen y se apliquen los derechos (Folcher:2000:17); o mejor dicho, algunos consideran que el reconocimiento de los derechos colectivos está asociado a la reivindicación de una ciudadanía diferenciada que exige la necesidad de reformular esta categoría y en consecuencia afianzar una democracia intercultural²³ (Oliva:2005:51).

En este contexto, en el que existen diferencias que suponen un gran reto para el mantenimiento de la unidad de un determinado Estado, irrumpen las movilizaciones indígenas que reclaman ser consultadas y ser partícipes en todas las decisiones, fundamentándose en el derecho a la libre determinación, que nos lleva necesariamente al derecho a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas²⁴; la libre determinación aplicada a los pueblos indígenas significa elegir libremente en los diversos niveles de toma de decisiones, a fin de beneficiar a la colectividad en su conjunto (Pérez:2006:321); la autonomía es un derecho que permite la realización de otros, su ejercicio suele ser considerado complicado y hasta peligroso por los Estados porque implica una delicada articulación de poderes, en que el debe ceder un “espacio” para su ejercicio.

3.3. Algunas experiencias sobre consulta previa en Latinoamérica

No cabe duda que en los últimos años, los Estados latinoamericanos se percataron que sus funciones políticas y administrativas son prestadas a una nación pluricultural. Por este motivo, la mayoría de países han optado por reconocer la pluralidad étnica y cultural en sus territorios²⁵, transformándose en Estados representativos de la diversidad, tal y como puede observarse en el Cuadro N° 1, lo cual es un gran avance, aunque insuficiente; porque las actuales circunstancias los invitan a nuevos retos²⁶.

²³ La interculturalidad puede ser definida como una propuesta política que busca desarrollar un espacio para que las culturas puedan dialogar horizontalmente; es vista como un medio por el cual las culturas y seres humanos pueden construirse continuamente. Este concepto es tomado de la ponencia presentada por Patricia Urteada en el Curso Internacional “Constitución y Derechos Humanos”, organizado por la Defensoría del Pueblo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Iquitos. (2001)

²⁴ Artículo 4° de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas

²⁵ El término “pluricultural” es observado por algunos autores como Cletus Gregor Barié, en el sentido que solo se refiere a una coexistencia entre culturas y tradiciones, diferente a una noción de aprendizaje común entre las culturas, como parece referirse el término “interculturalidad”

²⁶ Al respecto, Asier Martínez hace una interesante reflexión sobre el reconocimiento de la pluriculturalidad en las constituciones latinoamericanas, señalando que este proceso no se traduce en la construcción de una nación multicultural, porque tiene más una base instrumental que soberana, cayendo en lo que él ha denominado “multiculturalismo devaluado”, que es incapaz de reconocer las demandas indígenas.

Cuadro N° 1
Reconocimiento constitucional en Latinoamérica sobre el derecho de los pueblos indígenas a su identidad y a ser consultados

País	Pluralidad étnica	Derecho a la consulta previa
Argentina 1994	Reconoce preexistencia étnica y cultural (Artículo 75)	No se hace referencia
Bolivia 2009	Reconoce un Estado étnico y pluricultural (Artículo 1.1)	Reconoce el derecho a la consulta previa mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones (Artículo 30.15)
Brasil 1988	No se hace referencia	No se hace referencia
Chile 2005	No se hace referencia	No se hace referencia
Colombia 1991	Reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (Artículo 7)	No se hace referencia
Costa Rica 1949	No se hace referencia	No se hace referencia
Ecuador 2008	Se reconoce que el Estado es intercultural y plurinacional.	Se reconoce la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (Artículo 57.7)
El Salvador	No se hace referencia	No se hace referencia
Guatemala 1985	Se reconoce Guatemala está formada por diversos grupos étnicos (Artículo 66)	No se hace referencia
Honduras	No se hace referencia	No se hace referencia
México 1917	Se reconoce una nación pluricultural (Artículo 2)	Se reconoce la obligación de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales. (Artículo 2.B.IX)
Nicaragua	Se reconoce la existencia de los pueblos indígenas (Artículo 5)	No hace referencia
Panamá 2004	Reconoce la identidad étnica (artículo 90)	No hace referencia
Paraguay 1992	Reconoce la existencia de los pueblos indígenas (Artículo 62)	No hace referencia
Perú 1993	Reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (Artículo 2.19)	No hace referencia
Venezuela 1999	Se reconoce la existencia de culturas populares que constituyen la venezolanidad (Artículo 100)	El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas (Artículo 120)

Fuente: Elaboración propia

No obstante, es claro que este avance constitucional ha permitido a los pueblos indígenas a exigir el reconocimiento de otros derechos y que estos, a su vez, sean debida y oportunamente desarrollados en la legislación. Tal es el caso del derecho a la consulta previa, las experiencias de su implementación en los países latinoamericanos son resientes y variadas. Para tener cierta idea de lo que está ocurriendo al respecto se va a tomar nota de dos casos: el chileno y el ecuatoriano. En el primero, aun no existe un reconocimiento constitucional de pluralidad étnica y menos aun del derecho a la consulta previa; en cambio, en el segundo caso, la Constitución reconoce expresamente la interculturalidad; y además, el artículo 57.7 recoge el derecho a los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada.

En el caso chileno, luego de ratificar el Convenio 169 el 15 de setiembre de 2008²⁷, el Senado decidió llevar adelante una reforma constitucional en materia indígena, en base a una iniciativa legislativa presentada por el Ejecutivo, que no fue consultada a la representación indígena, por ello, el Relator Especial de las Naciones Unidas pidió que esta propuesta se someta a consulta conforme al Convenio recién ratificado, a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y al artículo 5 de la Constitución chilena que establece como límite de la soberanía el respeto de los derechos esenciales, que emana, entre otros, de los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile. Reforzando esta posición, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional chileno señaló que tanto el ejecutivo como el legislativo tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas; en el caso concreto, aquel debió hacerlo antes de presentar la iniciativa legislativa y el otro, al debatir el contenido de la reforma para recibir las propuestas de la representación indígena.

Ante estas observaciones, el Ejecutivo creó la figura del “comisionado presidencial” que se limitó a difundir el texto del proyecto de reforma en las comunidades indígenas y a recabar opiniones y propuestas sin cumplir con los estándares internacionales del procedimiento de consulta; pese a ello, el Ejecutivo decidió compilar los resultados de esta “consulta” y enviarlos a la Comisión de Constitución del Senado para su debate, este último texto recibió muchas críticas de las organizaciones indígenas, que denunciaron la violación de su derecho a la identidad y a ser debidamente consultados²⁸.

Con relación a la implementación del derecho a la consulta previa, el 25 de setiembre de 2009 el gobierno chileno dictó el Decreto N° 124 que reglamentó el artículo

²⁷ El Convenio 169 entró en vigencia en Chile recién al año siguiente de su ratificación, es decir, el 15 de setiembre de 2009.

²⁸ La nota completa está disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/reforma/analisis/385-reforma-fast.html> (consultado el 10 de marzo de 2010)

34 de la Ley 19.253, cuyo objeto era regular la consulta y participación de los pueblos indígenas. Paradójicamente este decreto no fue consultado con la representación indígena chilena, su artículo transitorio señala que:

“una vez que entre en vigencia el presente reglamento, se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y participación en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la Ley N° 19.253 y en los artículos 6.N° 1 letra a), y 7 N° 1 oración segunda del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.”

Es decir, se está implementando un proceso de “consulta sobre consulta”, con un dispositivo legal ya otorgado, que podrá ser revisado bajo la orientación de la Unidad Coordinadora de Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con participación de representantes indígenas a través de las Mesas Indígenas Regionales²⁹. Lo cierto es que más allá que el gobierno tenga la intención de implementar este derecho, a la fecha crece el rechazo al Decreto 124 y al artículo 34 de la Ley N° 19.253, así ya lo han indicado los dirigentes indígenas aymaras de la Mesa Regional de Arica y Parinacota y del área de Desarrollo Indígena de la región ADI, quienes se han sumado a pronunciamientos similares.

La situación es diferente en Ecuador, en este caso, las movilizaciones indígenas de los noventa permitieron la inclusión de sus demandas a la agenda estatal, entre las más importantes se pueden señalar el reconocimiento de la pluralidad cultural, así como la delimitación de espacios naturales protegidos o el derecho a ser consultados para realizar cualquier proyecto que puedan afectar esos espacios (Fontaine:2003:479). El texto del artículo 84 de la Constitución 1997³⁰ prevé el derecho a la consulta y es similar al artículo 57.7 de la Constitución del 2008, en éste el proceso de consulta previa está restringido únicamente para la aprobación de los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en tierras indígenas y cuya actividad pueda afectarlas ambiental y culturalmente. En consecuencia, el posterior desarrollo legislativo sobre esta disposición constitucional se ha limitado a actividades extractivas de recursos no renovables, y no ha abarcado todas las medidas legales o administrativas que puedan recaer sobre los pueblos indígenas.

²⁹ Nota completa disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/427.html?task=view> (consultado el 10 de marzo de 2010)

³⁰ Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 5. A ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarles ambiental y culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

Entre las medidas legislativas llevadas a cabo en los últimos años para desarrollar el derecho a la consulta, se encuentra el Reglamento de Consulta Previa para Actividades Hidrocarburíferas, aprobado mediante el Decreto Ejecutivo 1215 del 2 de diciembre de 2002, su elaboración contó con la participación del gobierno central, las empresas transnacionales y las organizaciones indígenas, sin embargo, no participaron otros actores vinculados al tema como representantes de los gobiernos locales, los indígenas no amazónicos, el Comité Ecuatoriano de Defensa de la Naturaleza, las universidades, la empresa estatal Petroecuador, entre otros. Este vacío participativo se trató de subsanar el 2006, para el proceso de aprobación del Reglamento sobre Participación Ciudadana y Consulta Previa, en el marco del artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental que desarrolla el artículo 88 de la Constitución³¹, en el cual además de tener la participación de organismos públicos, se contó con la presencia de ONGs ambientalistas, gobiernos locales, organizaciones indígenas, instituciones académicas y cámaras de producción (García y Sandoval: 2007:23-24).

En la práctica, el reglamento de consulta previa en actividades hidrocarburíferas, pese al problema de participación en su aprobación, ha sido aplicado en el proceso de licitación de los bloques petroleros N° 20 y 29 localizados en las provincias de Pastaza, Orellana y Napo. Su realización fue encargada a la Universidad Politécnica Salesiana por Petroecuador, que diseñó el proceso de consulta en base al referido reglamento, y lo cumplió pese a que en el transcurso de su elaboración, se encontraron ambigüedades y vacíos, por ejemplo, el corto tiempo otorgado a la población para que exprese sus observaciones o aportes; la restricción al acceso a la información excluyendo la información que “por razones contractuales o legales, sea considerada reservada o que conste en acuerdos de confidencialidad” (Artículo 14); o el hecho de que las apreciaciones de la población expresadas en la consulta solo fueran tomadas en cuenta “si petroecuador las considera técnica y económicamente viables y legalmente procedentes” (artículos 31 y 32) (Grefa:2005:36-37).

Apreciamos entonces que el caso ecuatoriano, pese a que hay un reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural y del derecho a la consulta, tiene deficiencias en su regulación y en su aplicación; primero, porque la consulta previa está prevista en diversas normas que generan confusión en la invocación al procedimiento a ejecutarse; segundo, porque el desarrollo legislativo no ha sido congruente con la Constitución Política ni al Convenio 169, es decir, no se logró la total participación de las organizaciones indígenas, y

³¹ Artículo 88.- Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación.

las disposiciones que se incluyeron limitan el ejercicio del derecho a la consulta, haciéndola en la práctica inconsecuente a los fines para la cual fue otorgada, esto es, la creación de un espacio sincero de diálogo intercultural en el que prime la buena fe. En el mismo sentido, el hecho que se recorte el acceso a la información a los consultados y que luego de efectuada la consulta, la última palabra tenga Petroecuador, genera suspicacias en cuanto a su aplicación. Por último, con la experiencia llevada a cabo para dar en concesión los lotes 20 y 29, es decir, hacer que una universidad privada lleve adelante el proceso de consulta significa negar el papel del Estado, y hace pensar que éste no cuenta con las capacidades suficientes para generar esos espacios de diálogo interculturales.

IV. Los Pueblos Indígenas en el Perú

4.1. ¿Cómo son definidos los Pueblos Indígenas en el Perú?

Desde la perspectiva del derecho internacional el término “pueblo indígena” no es una categoría fácil de definir, pero se puede afirmar que abarca una multiplicidad de derechos humanos interrelacionados entre sí, que alcanza a la comunidad en su condición de ser o de poder reivindicarse como tal (Ballón:2004:30-31). Algunos optan por incluir el tratamiento de los pueblos indígenas al concepto de minorías culturales por tener características similares como la subordinación, pero esta tendencia no es tan correcta si se tiene en consideración que en algunos países la cantidad de población indígena supera ampliamente a la que no la es, además, si se toman en cuenta sus aspiraciones, ambas podrían diferenciarse, mientras una minoría étnica o cultural no necesariamente busca la reivindicación frente al Estado; los pueblos indígenas exigen el respeto de su propia identidad cultural diferenciada.

Uno de los esfuerzos más connotados para definir a los “pueblos indígenas” es el trabajado en el Informe “Martínez Cobo”. Este informe insiste en la autoidentificación de los pueblos indígenas como elemento importante para su definición, es decir, el reconocimiento como tales parte de la percepción y concepción que tienen de sí mismos; en tal sentido:

“se consideran diferentes de estos otros pueblos [aquellos integrantes de los Estado Nación] y reclaman su derecho a ser considerados diferentes por otros sectores de la sociedad y por la comunidad internacional”³².

³² Martínez Cobo, José. “Estudio del Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8. setiembre 1983. 36º Período de Sesiones. Párrafo 376.

La definición presentada en el artículo 1 del Convenio 169³³ sobre poblaciones indígenas no ha sido recogida por la Constitución peruana de 1993 y tampoco por la legislación, ambas se han ceñido a una terminología que se reduce a cuestiones agrarias, denominándolas comunidades campesinas y comunidades nativas. Este tratamiento tiene sus antecedentes en el artículo 58 de la Constitución de 1920³⁴, que reconoció por primera vez la existencia legal de la población indígena, denominándolas “comunidades indígenas”, como parte integrante de la nación peruana, reduciendo el significado de “lo indígena” a la relación de éste con su tierra. Por su parte, la Constitución de 1933 tampoco las definió, pero sí continuó reconociéndoles existencia legal y personería jurídica, garantizando la integridad de su propiedad al señalar que ésta es imprescriptible, inembargable e inajenable; incluso establece la preferencia en la adjudicación de tierras, de la misma forma, el Código Civil de 1936 reconoce a las “comunidades indígenas” como personas jurídicas sometidas a las disposiciones constitucionales y legales del Estado.

Esta tendencia de vincular al poblador indígena con el derecho a la tierra y no al de identidad étnica, se reforzó en el período de la reforma agraria emprendida por el presidente Velasco Alvarado, durante la década del setenta, en el que se entendía que uno de los problemas principales del indígena era la poca accesibilidad a la tierra, en este contexto se promulgó el DL 20653 “Ley de Comunidades Nativas y Promoción de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva”; en esta norma se reemplazó el término “comunidad indígena” por “comunidades campesinas y nativas”, aludiendo a poblaciones indígenas que habitan en la sierra y de la selva (Karp:2006:284).

Por su parte, la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas (1987) solo reconoce a las comunidades campesinas, otorgándoles calidad de instituciones democráticas fundamentales, independientes en su organización comunal y uso de la tierra. Esta norma fue reglamentada mediante dos decretos supremos: El D.S. 08-91-TR, referido a aspectos organizativos de la Comunidad y el D.S. 04-92-TR que regula su régimen económico, pero persiste el vacío en la definición. El Código Civil de 1984 es la única norma que ofrece una definición de las comunidades campesinas y nativas, desde una

³³ Artículo 1. “El presente convenio se aplica: (...) b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en 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.”

³⁴ Artículo 58º: “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

perspectiva patrimonialista, carente de un concepto identitario, e inclusive condiciona su existencia jurídica a la inscripción en el registro respectivo y su reconocimiento oficial³⁵.

Sociológicamente, la comunidad campesina es entendida como un grupo social de campesinos andinos, de carácter heterogéneo, pero que dentro de un espacio territorial están identificados en lo económico, social, cultural e histórico³⁶. En su aspecto histórico, la comunidad campesina resultada de la influencia del coloniaje sobre el Ayllu precolombino; en la actualidad, estas comunidades tienen su propia organización y eligen por sí mismas a sus autoridades, siendo la asamblea comunal, conformada por representantes de cada familia, el máximo órgano deliberativo en el que se decide el uso común que se dará a sus recursos, y se establecen mecanismos de control social y de aplicación de usos y costumbres como forma de resolver sus conflictos y alcanzar la justicia.

La Constitución de 1993 reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas. Lo cierto es que el término “pueblo” se desarrolló en el derecho internacional mucho después de su regulación en el ordenamiento constitucional peruano; sin embargo, el constituyente lejos de enmendar esta situación, a través de la incorporación en la Constitución de 1993 de una nueva terminología acorde con los avances del derecho internacional, no lo hizo. En más de una oportunidad la CEACR ha solicitado al Estado peruano la presentación de informes sobre los alcances del Convenio 169 en el Perú, expresando que *“el concepto de pueblos indígenas del Convenio es más amplio que el de comunidad y que les engloba”* (CEACR:2009:4). Por su parte, el gobierno de turno informante ha carecido de suficiente interés para hacerlo y ha sido incapaz de definir a quiénes cubre este instrumento internacional.

El informe del 2008 que el gobierno peruano remitió a la CEACR, ha generado mayor confusión debido a que se ha limitado a indicar las diversas disposiciones constitucionales y legales referentes a comunidades campesinas y nativas y a hacer precisiones sobre lo que abarca cada término. Es más, se ha referido al reglamento de la ley de creación del INDEPA, diferenciando entre sí a cada uno de estos pueblos: Los pueblos andinos, son las comunidades campesinas de la sierra y a la costa; los pueblos amazónicos son las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y los pueblos afroperuanos son los descendientes de africanos que han formado una

³⁵ Artículo 134°.- organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

³⁶ PEÑA JUMPA, Antonio (1998) “Justicia comunal en los andes del Perú”. Fondo Editorial PUCP, Lima, diciembre. Pág. 66

identidad propia en el Perú. Finalmente ha reconocido que “*no resulta sencillo definir a los pueblos indígenas y tribales tratando de hacer confluir criterios objetivos y subjetivos (...)*” (MINTRA:2008:8), y que por ello se adolecen de definiciones variadas que intentan acomodarse a la definición de pueblos indígenas que ofrece el artículo 1 del Convenio 169.

En definitiva, la normativa peruana está aún lejos de considerar cuestiones étnicas o de identidad indígena, el reconocimiento se limita a relacionarlos con el territorio y con la posibilidad de desarrollo comunal que puede generar esa relación, siempre que cumplan la condición formal de inscribirse en el registro respectivo, sino es así, la comunidad no existe, por lo tanto, no les son reconocidos sus derechos colectivos, lo que a su vez debilita su presencia y organización.

En consecuencia, puede apreciarse que la denominación de los pueblos indígenas en el Perú es un tema complejo, se pueden encontrar además otras formas de organización indígena que también deben ser tomadas en cuenta, porque no necesariamente forman parte de una comunidad, tales como las rondas campesinas³⁷ y los comités de autodefensa; las primeras fueron creadas para hacer frente a la delincuencia en las zonas rurales, resguardando la seguridad y la paz ante la ausencia estatal; las segundas se crearon en el período de violencia política para afrontar las masacres de Sendero Luminoso (Marzo:2006:14). En todo caso, una organización diferente a una comunidad campesina o nativa, también podría ser sujeto de los derechos que reconoce el Convenio 169, esto bajo la aplicación del segundo párrafo del artículo 1, que establece como criterio de aplicación del Convenio la conciencia de estos grupos de su identidad, por lo tanto estas otras formas de organización indígena también serían consideradas como tales.

4.2. Presencia indígena en el Perú

Es posible que la variedad de la terminología utilizada, la imprecisión de la definición de los pueblos indígenas peruanos en la legislación y el fenómeno migratorio hayan generado consecuencias negativas en cuanto a determinación de su presencia en el Perú. Además los censos realizados no han incluido preguntas de autoidentificación que promueve el Convenio 169.

Según la CEPAL los censos latinoamericanos realizados entre 1970 y 2000 han ido incorporando nuevos criterios operativos, basados en: i) el reconocimiento de la identidad, ii) el origen común, iii) la territorialidad y iv) la dimensión lingüísticocultural. Estos criterios han servido para identificar a la población indígena en Latinoamérica, que es

³⁷ Las rondas campesinas están reguladas en la Ley N° 27908 y por el Decreto Supremo N° 025-2003-JUS

aproximadamente de 30 millones de personas, siendo en algunos países una proporción considerable en relación a la población total; resaltan los casos de Guatemala (41,0%), Bolivia (62,2%) y Perú (32,0%). El Gráfico N° 2 nos demuestra la cantidad real de población indígena en Latinoamérica; en primer orden está el Perú (8,5 millones); seguido por México (6,1 millones), Bolivia (5 millones) y Guatemala (4 millones); una segunda escala lo conforman países que cuentan con 500.000 a un millón de indígenas: Colombia, Ecuador, Brasil, Chile y Venezuela; y finalmente, los países con población indígena menor a 500.000: Nicaragua, Honduras, Argentina, Panamá, Paraguay y Costa Rica (CEPAL:2006:164). Del mismo modo, el Gráfico N° 3 muestra el número total de pueblos indígenas en Latinoamérica y el Caribe, 642; Brasil tiene el mayor número (222), sigue Colombia (81), México (62) y en cuarto lugar, está el Perú con 72 pueblos indígenas.

Ahora bien, en los resultados definitivos del “II Censo en Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana”, elaborado por el INEI sobre la base de la información obtenida de los Censos Nacionales de 2007: XI de Población y VI de Vivienda, se indica que la población indígena es de 332,975 habitantes; 93,301 más en relación al número que registró el censo de 1993: 239,674 (Ver Cuadro N° 2). Este estudio se ha centrado en 51 etnias pertenecientes a 11 de los 24 departamentos del Perú, todas ubicadas en la selva peruana: Amazonas, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Madre de Dios, Pasco, San Martín y Ucayali (INEI:2008:17); y ha excluido a pueblos indígenas que habitan en las otras áreas naturales del Perú, tales como los quechuas o los aymaras. Sin embargo si se consideran los datos obtenidos en el censo de 1993 – hasta la fecha son los resultados estadísticos más confiables - la totalidad de la población indígena peruana, en su mayor parte quechua y aymara, sobrepasa los 8 millones de habitantes; es decir, un tercio de la población que se estimaba aquel entonces (MINTRA:2008:8).³⁸

Cuadro N° 2
Población total en las comunidades indígenas amazónicas
según censos de 1993 y 2007

Departamentos	Censo 1993	Censo 2007
Total	239 674	332 975
Amazonas	42 588	52 153
Ayacucho	2 037	231

³⁸ En un estudio efectuado por el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, denominado “La democracia en el Perú: el mensaje de las cifras” bajo muestra en todos los distritos del Perú a 11.000 familias se concluye que casi la cuarta parte de los encuestados se considera indígena, andino o amazónico, y las dos terceras partes, se consideran así mismos como mestizos. Este estudio se encuentra disponible en: http://www.pnud.org.pe/data/publicacion/V-Capitulo_1.pdf

Cajamarca	646	988
Cusco	15 100	15 230
Huánuco	224	2 594
Junín	40 400	73 637
Loreto	61 793	105 900
Madre de Dios	3 882	4 005
Pasco	10 238	16 414
San Martín	24 319	21 416
Ucayali	36 430	40 407

Fuente: Elaboración Propia con datos del INEI - Censos Nacionales de 1993 y 2007: XI de Población y VI de Vivienda

Este informe diferencia entre los conceptos de pueblo étnico y comunidad indígena. El pueblo étnico corresponde a las 13 familias etnolingüísticas que existen en la Amazonía; las comunidades indígenas necesitan de un reconocimiento legal para existir, el cual solo podrá darse a través del cumplimiento de diversas condiciones legales. El Cuadro N°3 recoge resultados de los censos de 1993 y 2007 según los cuales el número de pueblos étnicos y comunidades indígenas en la Amazonía se ha incrementado, visibilizando mejor su existencia en los últimos años. Por otra parte, según datos proporcionados por el directorio de Comunidades Campesinas del PETIT, ahora absorbida por el COFOPRI, el número total de comunidades campesinas y nativas inscritas en registros públicos al 2001 es de 7,083; de las cuales 1,265 son comunidades nativas, siendo las restantes comunidades campesinas de la costa y de la sierra (MINTRA:2008:8).

En la actualidad estos datos son solamente referenciales, debido a que en los siguientes años se impulsó la formalización de la propiedad a través del PETIT y a partir de 2007 con el COFOPRI, sin embargo, aun quedan comunidades campesinas y nativas sin terminar el trámite de titulación – sea por falta de recursos, asesoramiento o por superposición de territorios; ocupan territorios ricos en recursos naturales, lo cual les crea conflictos con otras, con los colonos o con sujetos externos interesados en la explotación de sus recursos. Por tal motivo, aun no se tiene la certeza sobre la totalidad de las comunidades campesinas y nativas, lo presentado en este estudio son los datos más aproximados.

Cuadro N° 3
Comunidades Indígenas y Pueblos Étnicos amazónicas censados
según censos de 1993 y 2007

Censo	Número de Comunidades Indígenas Censadas	Número de Pueblos Étnicos Censados
1993	1 458	48
2007	1 786	51

Fuente : INEI - Censos de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 1993 y 2007

4.3. Marco jurídico internacional sobre pueblos indígenas aplicable

Es indiscutible que los tratados internacionales celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte de su ordenamiento jurídico interno; no obstante, desde la vigencia de la Constitución de 1993 se inició el debate sobre el rango que deben ocupar dentro del ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, el artículo 200.4 de la Constitución atribuye rango de ley a *todos* los tratados, a diferencia de la anterior que otorgaba jerarquía constitucional a los de derechos humanos.

¿Qué se puede hacer para mantener aquel principio que señala que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional? La jurisprudencia y la doctrina peruana han optado por realizar una interpretación sistemática de la Constitución, se ha tomado el artículo 2 que consagra un listado de derechos fundamentales, el artículo 3 que establece que tal enumeración incluye a otros derechos previstos en instrumentos internacionales de los que el Perú forma parte³⁹; y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución el cual estipula que las normas relativas a derechos y libertades reconocidas se interpretan conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales que sobre esa materia haya ratificado. Esta interpretación ha sido asumida por el TC peruano señalando que los “*tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional*”.⁴⁰

Por lo tanto, es posible sostener que los tratados ratificados por el Perú, forman parte del ordenamiento jurídico interno y en el caso de los tratados de derechos humanos, cuentan además con rango constitucional. Su cumplimiento deriva del principio del

³⁹ Artículo 3.-La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁴⁰ Sentencia N° 0025—2005-PI/TC. Fundamento Jurídico N° 33

derecho internacional “*pacta sunt servanda*” cuyo significado es que “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe*”, en tal sentido, ningún Estado podrá invocar su derecho interno para justificar su incumplimiento⁴¹. Las declaraciones, por su parte, aunque no crean obligaciones jurídicas, sí crean compromisos de carácter internacional. Ahora bien, los tratados y declaraciones internacionales ratificados por el Perú, referidos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (y que estos los han usado estratégicamente a su favor) pueden clasificarse por su carácter universal y regional, resumiéndose en el siguiente cuadro:

Cuadro N°4

Normativa internacional relacionada a los pueblos indígenas aplicable al Perú

Universal	Regional
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado por RL N° 22231 del 12/julio/1978)
Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado por Decreto Ley N° 22128 del 28/marzo/78, ratificado el 28/abril/1978)	Pacto Americano de Derechos Civiles y Políticos (22/noviembre/1969)
Pacto Universal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Aprobado por Decreto Ley N° 22129 del 28/marzo/78, ratificado el 28/abril/1978)	Pacto Americano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (aprobado por resolución legislativa 26253 del 2/diciembre/1993, ratificado el 2/febrero/1993)	Carta Democrática Americana (11/setiembre/2001)
Convenio sobre la Diversidad Biológica. (aprobado por resolución legislativa N° 26181 del 11 de mayo de 1995)	Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Aprobado por resolución legislativa 26176 del 28/marzo/1993, ratificado el 19/abril/1993)
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Aprobado por decreto ley N° 18969 del 21 de setiembre de 1971)	Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza (28-29/julio/2001)
Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (setiembre, 2007)	
Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.	

Fuente: *Elaboración propia*

⁴¹ Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de Tratados

Entre los citados instrumentos de protección a los derechos humanos, hay algunos de aplicación general; lo cual no impide que sean aplicados a los pueblos indígenas. Un ejemplo es la Carta Democrática Americana que en concordancia con la convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, establece que la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana (artículo 9); o el Fondo Indígena que señala como condición para el financiamiento de sus programas y proyectos, consultar con las poblaciones indígenas.

Existen otros tratados y convenios que no mencionan explícitamente los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, han sido utilizados para el reconocimiento y desarrollo de sus derechos, como el realizado sobre la Convención Americana de Derechos Humanos en los informes de la Comisión y en la fundamentación de las sentencias de la CIDH, por ejemplo, en relación al derecho de los pueblos indígenas a participar y a ser consultados, que pudieron ser desarrollados por la Corte a través del reconocimiento del derecho al territorio que sí está contemplado en la Convención⁴². En efecto, en sus pronunciamientos de fondo advierte que se podrá proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser titulares de sus territorios tradicionalmente ocupados mediante el ejercicio de la consulta previa:

“Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo.”⁴³

Por último, dentro del listado encontramos instrumentos de protección específica a los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 de la OIT, el Fondo Indígena y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, que se constituyen en instrumentos útiles para invocar el reconocimiento legal y constitucional de sus derechos, así como la atención de sus demandas reivindicativas.

⁴² El artículo 21 de la Convención no está referido exactamente al derecho al territorio de los pueblos indígenas, sino de las personas a la propiedad privada; no obstante, la CIDH hizo una interpretación extensiva y aplicó este artículo para protegerlos y a la vez, para reconocer otros derechos, como el de la consulta.

⁴³ Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 214.

V. El Derecho a la consulta previa en el Perú

En el Perú no existe un reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa, tampoco se cuenta con una disposición legal que sirva de marco para su ejercicio. Su desarrollo es reciente y se ha hecho a través de normas que se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico, que han tomado la forma de reglamentos que la tratan como una especie del derecho a la participación ciudadana. Por esta razón, consideramos conveniente referirnos brevemente sobre este derecho, a fin de determinar que se está hablando de derechos diferentes.

5.1. Deslindando con la participación ciudadana

El reconocimiento constitucional del derecho a la participación de los ciudadanos data del siglo XIX, pero solo para el ejercicio de la democracia representativa, es decir, para elegir y ser elegidos. Cabe resaltar que en aquellos años el concepto de ciudadanía fue restringido, eran pocos quienes cumplían con los requisitos legales para ser considerados como tales; la evolución del constitucionalismo a través del reconocimiento de derechos y de la amplitud del concepto de ciudadanía fue lento, y después de un siglo y medio de iniciada la república, con la aprobación de la Constitución Política de 1979, tal vez la más progresista de la historia constitucional peruana, se atribuye por primera vez la calidad de ciudadanos a los analfabetos (en su mayor parte indígenas) y se reconoce además la participación ciudadana en diferentes ámbitos y no solo para cuestiones electorales.

Mediante el artículo 2.17 de la Constitución⁴⁴ se otorga a la ciudadanía el derecho de elección, remoción y revocación de autoridades; así como de presentar proyectos de ley y decidir a través de referéndum. Este artículo es el básico sobre participación ciudadana y está inserto en el capítulo encargado de los derechos fundamentales de la persona. A lo largo del texto constitucional se alude al término *participación* para diversos contextos:

- Participación política (directa e indirecta): i) Participación en referéndum, sobre la reforma total o parcial de la constitución; la aprobación de normas con rango de ley, las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización (artículo 32); ii) Remoción y revocación de autoridades; iii)

⁴⁴ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

- Demanda de rendición de cuentas; y, iv) Elegir y ser elegidos como representantes (Artículo 31)
- Se reconoce la participación ciudadana a los miembros de las fuerzas armadas y a la policía para elegir y ser elegidos como candidatos y militantes de partidos políticos solo si estuvieran en situación de retiro (Artículo 34)
 - Se reconoce al ciudadano la posibilidad de ejercer su derecho a participar individual o colectivamente, a través de organizaciones o partidos políticos (Artículo 35)
 - Se establece la obligación de toda persona, natural o jurídica, a participar en la Defensa Nacional (Artículo 163)
 - Establece la obligación de las municipalidades de promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local (Artículo 197)
 - Recoge el derecho de la población a participar en la elaboración de los presupuestos de los gobiernos locales y regionales, y a exigir cuentas de su ejecución (Artículo 199)

La Ley 26300, sobre los Derechos de Participación y Control Ciudadano (1994) es una norma de desarrollo constitucional que parte distinguiendo entre “participación” y “control”. Así, los derechos previstos para la participación son: a) Iniciativa de reforma constitucional (parcial o total); b) Iniciativa de formación de leyes; c) Referéndum; d) Iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales. Sobre el control ciudadano, se establecen los siguientes mecanismos: a) Revocatoria de autoridades; b) Remoción de autoridades; y c) Demanda de rendición de cuentas.

Solo queda comentar dos cuestiones, la primera tiene que ver con la exigencia de la presentación del documento de identidad ante la autoridad competente para poder ejercer este derecho, lo cual constituye un obstáculo para el ejercicio de la participación de pobladores indígenas, porque la indocumentación afecta a casi un millón de peruanos, especialmente quienes habitan en zonas pobres y rurales⁴⁵. La segunda cuestión, está relacionada a la falta de tratamiento del derecho a la consulta previa en la constitución y en la ley, al ser tratada como una especie de participación ciudadana, podría al menos esperarse su inclusión en el artículo 2.e) de la Ley 26300, que reconoce “otros” mecanismos de participación ciudadana, pero respecto a esta referencia, el artículo 4 de la Ley nos remite a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y de Gobiernos Locales, las cuales se

⁴⁵ Según datos del Programa Estratégico de Acceso de la Población a la Identidad que lleva a cabo el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, 871,263 personas, mayores de 18 años, carecen de documento de identidad. El 52% de este total, excluyendo Lima, se encuentra en las áreas rurales del país, y el 58% de los mismos, viven en departamentos cuyos índices de pobreza supera el 50% de la población.

refieren a la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, esto es, en los presupuestos participativos o en la elaboración de planes de desarrollo regionales y locales, insistimos, no se hace referencia al derecho de consulta previa.

En consecuencia, el derecho a la consulta previa tiene matices especiales que la hacen un derecho diferente al de participación ciudadana. Sus mecanismos son fundamentales para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones (OIT:2009:59-60). Ambas son tratadas en el Convenio 169 de manera complementaria, haciendo de su interrelación la base de aplicación de las demás disposiciones de este instrumento internacional. La consulta tiene un contenido esencial que implica obtener el consentimiento o el acuerdo previo a la adopción de cualquier medida legislativa o administrativa de parte del Estado (Defensoría del Pueblo:2009:27). A continuación se detallarán los alcances del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico peruano, con la finalidad de conocer los elementos que se están utilizando para definirla y configurarla.

5.2. Antecedentes del tratamiento normativo de la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú

Sin duda el mayor desarrollo normativo sobre participación y lo que se ha entendido por consulta previa en el Perú se ha presentado en el sector de energía y minas. El antecedente más antiguo es la RM 335-96-EM/SG del 25 de julio de 1996 que aprobó el Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de estudios de impacto ambiental; en ella las condiciones de intervención de la población indígena son muy limitadas, en primer lugar porque los pueblos indígenas se encuentran regularmente a gran distancia de los centros urbanos donde se realizan estas audiencias o porque los plazos para acceder y comprender la información son cortos, sin contar que la mayoría de analfabetos peruanos son indígenas, por lo tanto, muchas veces no pueden comprender los informes escritos proporcionados por la entidad, lo cual hizo que este procedimiento se constituya en la práctica en un recurso de utilidad para dar viabilidad a los proyectos de inversión de las empresas (Roldán y Tamayo: 1999: 156).

Esta norma fue derogada por la RM 728-99-EM/VMM del 30 de diciembre de 1999, que aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en los Procedimientos de Aprobación de los Estudios Ambientales, el cual tenía como objetivo ampliar y mejorar lo dispuesto en la norma anterior; no obstante, también limita la participación a la disposición de la información y al desarrollo de una audiencia pública con las mismas características:

plazos cortos para el análisis de la información y hasta cobro por su obtención, proceso de audiencia pública limitado al intercambio de preguntas y respuestas; observaciones y sugerencias de la ciudadanía consideradas solo a discreción de la autoridad competente.

Posteriormente, se daría el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, con la RM 596-2002-EM/DM del 21 de diciembre de 2002, su objetivo era regular la intervención de los ciudadanos en el procedimiento de evaluación de la documentación legal y técnica en materia ambiental necesarias para la autorización de actividades que regula y supervisa el referido sector; los mecanismos de participación que se fijaron en esta norma (talleres y audiencias públicas) son meramente informativos, limitándose al mismo tiempo a la recepción de las propuestas, sin prever un proceso de diálogo e intercambio de opiniones sobre la actividad a realizarse.

5.3. Normativa vigente de la consulta previa a los pueblos indígenas

Como se mencionó, concretamente en el Perú no existe una ley general que regule el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas; la legislación interna sobre “*participación y consulta*” es diversa, no se dirige de forma específica a la población indígena y la mayor parte está directamente vinculada a actividades mineras e hidrocarburíferas. Esta diversidad genera confusión, no solo en cuanto a la determinación de la competencia para llevarlas a cabo sino por los mecanismos y materias que a primera vista parecen repetitivas; a esto se suman las prácticas de los organismos encargados de realizar estas consultas, que reducen su proceso a un rol meramente informativo (como talleres o audiencias públicas), sin que exista un procedimiento que permita facilitar el diálogo ni la recepción de aportes y propuestas de la comunidad que formen luego parte de la decisión final.

En su presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Directora de la DGAAE del MINEM como parte de la representación del gobierno peruano⁴⁶, informó que desde el 2004 hasta noviembre de 2009 se realizaron 1,026 talleres y 241 audiencias públicas solo en relación al tema de hidrocarburos, con la finalidad de propiciar el diálogo tripartito entre el Estado, las comunidades y las empresas; para ello se efectuaron 9 pasantías en hidrocarburos para que los líderes de las comunidades y los jóvenes fortalezcan sus capacidades y repliquen lo aprendido en sus comunidades, facilitando así la presentación de propuestas alternativas de desarrollo al Estado y a las

⁴⁶ Transcripción propia. El audio completo de la Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos efectuada el 3 de noviembre de 2009 en Washington D.C. está disponible en: <http://www.cidh.org/audiencias/137/18.mp3>

empresas⁴⁷. Sin embargo, en la citada sesión informativa ninguno de los representantes del gobierno peruano logró explicar porqué pese a estos mecanismos de consulta y participación vigentes e implementados, aún no se han logrado mitigar las numerosas tensiones y conflictos sociales, especialmente socioambientales.

En el Cuadro N° 5 se pueden apreciar los reglamentos vigentes aprobados durante la última década en el Perú, y que están siendo aplicados como “procesos de consulta a los pueblos indígenas”, sin que cumplan adecuadamente con los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, entre algunas razones porque:

- No son instrumentos dirigidos en estricto a los pueblos indígenas, es decir, estos reglamentos no hacen ninguna precisión respecto a cuestiones étnicas ni culturales.
- Sus procedimientos no están previstos para regir en la fase de otorgamiento de las concesiones a empresas que pretenden explotar recursos ubicados en territorios indígenas.
- No prevén las indemnizaciones ante eventuales daños medioambientales o posibles desplazamientos de la población indígena.

Estas normas tratan a la consulta como una especie del derecho de participación ciudadana, están apoyadas principalmente en el derecho a acceder a la información pública; y solamente se encuentran vinculadas a las industrias extractivas y a asuntos de protección medioambiental, dejando de lado la multiplicidad de temas que implican directamente a la población indígena.

Los reglamentos referidos son cuatro, dos de ellos tienen además normas complementarias:

a. Reglamento de participación ciudadana para las actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios ambientales (RM N° 535-2004-MEM/DM): Después de revisar este reglamento se puede sostener que no está referido a la consulta en estricto ni tampoco está dirigido a los pueblos indígenas. Señala como objeto normar la participación y desarrollar actividades de información y diálogo entre todos los intervinientes y afectados en la realización y desarrollo de las actividades hidrocarburíferas y eléctricas (proyectos desarrollados especialmente en territorios indígenas). La autoridad competente para realizarlo es el

⁴⁷ La representante del MINEM señaló que hasta noviembre del 2009 se han capacitado a 261 jóvenes y líderes comunales pertenecientes a las regiones de Amazonas, Loreto, San Martín, Ucayali, Pasco y Junín.

MINEM, a través de la DGAAE, y los Gobiernos Regionales, a través de sus DREMs, se prevén dos mecanismos de participación:

- Los Talleres Informativos: Son realizados por el Estado y el responsable del proyecto, y deberán desarrollarse antes, durante y después de la elaboración de los EA, en las zonas de influencia, se prevé que en el proceso de elaboración del EA se recojan los aportes e interrogantes de la ciudadanía. El número de talleres será definido de acuerdo a la envergadura del proyecto energético.
- Las Audiencias Públicas: Su ejecución recae sobre el responsable del proyecto, de la DGAAE y de la DREM respectiva. La mayor parte de este reglamento se encarga de regular el desarrollo de la audiencia pública, que consiste en la exposición del EIA por el representante de la empresa o el profesional que se encargó de elaborarlo y la atención a las preguntas de los asistentes. Estas preguntas y sus respectivas respuestas, así como las posteriores observaciones, propuestas y sugerencias de la población, serán consideradas, de ser el caso, en la evaluación correspondiente, es decir, queda a instancia de la administración y del criterio de la empresa su inclusión en el EIA. Posteriormente, el EIA y su resumen ejecutivo, así como la absolución de las observaciones se pondrán a disposición de la DGAAE, de la DREM y de la municipalidad provincial y distrital del lugar, para que a su vez, los ciudadanos puedan solicitarlos. Por otra parte, el reglamento prevé la participación ciudadana para otros EAs (por ejemplo, para EIA de grifos con capacidad menor a 45000gl.), en los que no son necesarias las audiencias públicas, sino solo ponerlas a disposición de la población; para estos casos, la inclusión de las observaciones en los EAs también será posible solo si la entidad encargada lo considera conveniente.

En consecuencia, el proceso de participación para actividades energéticas, previsto en este reglamento se limita a sesiones informativas y de diálogo limitado que tiene que ver con la absolución de preguntas; asimismo, las observaciones no son formuladas de manera directa, se presentan con posterioridad a la audiencia y tanto las inquietudes de los ciudadanos como sus propuestas serán evaluadas y meritadas por la DGAAE. No se especifica la existencia de ningún tipo de acuerdos ni de obligación real de parte del Estado y de la empresa de tomar sus observaciones.

b. Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos (DS N° 012-2008-EM), complementado con la RM N° 571-2008-MEM-DM, que establece los lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de Hidrocarburos. El título indicado para este reglamento y sus lineamientos no sugiere a primera vista el involucramiento directo de los pueblos indígenas ni al derecho a la consulta previa; sin embargo, en las consideraciones de la norma, se hace mención al Convenio 169 y a la obligación del Estado de establecer procedimientos de consulta a los pueblos interesados cuando se pretendan desarrollar actividades de prospección o explotación de hidrocarburos existentes en sus tierras, el cual deberá involucrar a la población desde la suscripción de los contratos de concesión. En tal sentido, entre los objetivos propuestos por esta norma se encuentran el fortalecimiento del derecho de acceso a la información, a la participación en la gestión ambiental y social y de los derechos de los pueblos indígenas; así como la promoción de las relaciones armoniosas entre las poblaciones, el Estado y las empresas.

Se define a la consulta como un tipo de participación ciudadana, cuyo objetivo es determinar la posible afectación de los intereses de las poblaciones que habitan el área de influencia directa del proyecto de hidrocarburos, para ello se diseñará un proceso de información y recolección de medidas que permitan evitar o mitigar posibles impactos negativos ambientales y sociales, así como identificar y recoger sugerencias y aportes para potenciar los impactos positivos del proyecto. Para el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas se establece que debe hacerse de buena fe y de la forma apropiada a las circunstancias para llegar a un mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios.

En el Cuadro N° 5 podemos verificar que el reglamento deberá ser aplicado en tres etapas: a) durante la suscripción de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos; b) durante la elaboración y evaluación de los EA; y, c) con posterioridad a la aprobación del EA. Los responsables de su realización varían de acuerdo a cada uno de estos momentos. La primera etapa, está dirigida por PERUPETRO S.A.; la segunda, por la DGAAE; y la etapa final, es decir, la aplicación del Plan de Participación Ciudadana la responsabilidad recae sobre el titular del proyecto en coordinación con la población involucrada. Los mecanismos obligatorios previstos también son diferentes, pero la mayoría tienen como principal característica la proporción y acceso a la información, tales como los talleres y audiencias públicas, especialmente para la segunda etapa, se complementan con otros que son opcionales, como el buzón de opiniones y observaciones.

En todo caso, la forma como se proporciona la información requiere ser atendida, por ejemplo, en los Lineamientos se hace referencia a la entrega de ejemplares del EA y de su Resumen Ejecutivo impreso y digitalizado a las Comunidades nativas y/o campesinas ubicadas en el área de influencia directa, cuidando que el lenguaje sea claro y sencillo y además, de ser necesario, que se contemple el idioma o dialecto de mayor relevancia de esa zona (artículos 41.d y 42); pero ¿Se podrá utilizar la versión digital en lugares donde no hay electricidad o donde las personas no saben leer ni escribir? ¿Quién señala “la necesidad” de traducir esos documentos al idioma o dialecto de la zona?. Finalmente, en el Reglamento no existe una disposición que implique el deber tanto del Estado como de la empresa de incluir las observaciones y opiniones de los ciudadanos en los procesos indicados; solo se hace mención a la remisión de éstas por PERUPETRO S.A. a la DGAAE para que las evalúe y establezca su inclusión o no en el estudio ambiental presentado por los contratistas (artículo 31 de la RM N° 571-2008-MEM-DM).

c. El Reglamento de participación ciudadana del Subsector Minero (DS N° 028-2008-EM), complementado por la RM N° 304-2008-MEM/DM: al igual que el reglamento de participación ciudadana para actividades hidrocarburíferas, no está dirigida de manera exclusiva a la población indígena, sino a toda la población que habita en el área de influencia de la actividad minera. Es innegable que el derecho a la consulta es un tema tangencial para la reciente normativa relacionada a la participación ciudadana en las actividades extractivas, motivo por el cual, este reglamento advierte que el ejercicio e implementación del derecho a la consulta se realizará a través del proceso de participación ciudadana, y de conformidad al Convenio 169, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, en las siguientes etapas: i) Con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera; ii) En los proyectos de exploración minera; iii) En los proyectos de explotación y beneficio; iv) En la ejecución del proyecto minero; v) En la etapa de cierre de minas.

Conforme a este reglamento, los mecanismos de participación ciudadana deben tener especial cuidado en el uso del idioma predominante de la zona de influencia y deben procurar conocer si los intereses y costumbres de las comunidades y pueblos indígenas que habitan estas áreas están o no consideradas, para ello precisa la necesidad de establecer acuerdos con sus representantes, a fin de fijar condiciones óptimas para la explotación, los beneficios y las medidas compensatorias que genere el proyecto. Para la obtención de estos acuerdos la norma establece un conjunto de mecanismos de carácter mayormente

informativo como: permitir el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos de los EA, publicitar en medios escritos y/o radiales la oportunidad para participar, distribuir materiales informativos, realizar visitas guiadas al área o a instalaciones del proyecto, realizar talleres informativos o audiencias públicas. Asimismo, se menciona la posibilidad de presentar aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente, aunque la norma no menciona si ésta las tomará en cuenta. Por último, se deja a criterio del titular del proyecto minero proponer otros mecanismos que considere conveniente incluir dentro del Plan de Participación Ciudadana para el procedimiento de evaluación del estudio ambiental.

Con relación a la eficacia del proceso de participación y a lo que se está entendiendo por consulta previa en el Perú, debemos precisar que la palabra “acuerdo”, implica un proceso de diálogo y negociación entre el Estado, la empresa y la comunidad inclusive desde antes de la disposición de sus territorios, no obstante, se desprende de esta norma que la participación se inicia con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, es decir, después de la disposición que haga el Ejecutivo de los territorios indígenas, entonces, ¿de qué tipo de “acuerdo” se está hablando, cuando las condiciones del contrato de concesión ya se fijaron entre el Estado y la empresa?. Del mismo modo, la norma establece que el proceso de consulta no otorga a la población un derecho de veto a las actividades mineras ni a las decisiones de la autoridad; con esto queda claro que a pesar de las observaciones de la población – tal vez contrarias a las condiciones de la concesión minera – la última palabra será de la autoridad competente, quien en todo caso optará por declarar de interés público la explotación minera en determinada zona, en detrimento de la opinión de la población que habita la zona.

Por su parte, la **RM N° 304-2008-MEM/DM** establece que los aportes, comentarios u observaciones que se deriven de la participación ciudadana en las diversas etapas previstas en el reglamento deberán ser tomados en cuenta, solo mientras la autoridad competente lo estime conveniente. Los requisitos previstos para su presentación varían de acuerdo al tipo de actividad minera a realizarse; los lineamientos la clasifican en Categorías I y II, pero no dan una definición sobre estas “categorías”, para entenderlas se tiene que recurrir a las guías sobre la explotación minera elaboradas por el MINEM, que no tienen un lenguaje sencillo y comprensible para la mayor parte de los ciudadanos, lo cual dificultaría el ejercicio de sus derechos⁴⁸.

⁴⁸ Como ejemplo, transcribiremos lo señalado en la Guía del MINEM sobre los proyectos de explotación minera Categoría I, el cual comprende los siguientes aspectos: Un máximo de 20 plataformas de perforación; Un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; La construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud, en conjunto.

Se debe señalar que en su último informe dirigido al Perú en febrero de 2010, la CEACR ha advertido que el DS N° 012-2008-EM prevé de manera limitada la finalidad de la consulta, con relación a lo establecido en el Convenio 169, porque la restringe a lograr el entendimiento de la población de los alcances y beneficios del proyecto; aclara que aunque el Convenio 169 no se refiera expresamente a la obtención de un *acuerdo*; la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta son tales que permiten la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados para que puedan influir en los resultados y conformar consensos.

En tal sentido, puntualiza que las “*meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio*”⁴⁹; esta observación también la aplica al Decreto Supremo N° 020-2008-EM, señalando además que ésta norma prevé tardíamente la participación de la población, a partir del otorgamiento de la concesión minera. La CEACR instó al gobierno a adoptar medidas necesarias para implementar la legislación y los mecanismos pertinentes que permitan el ejercicio pleno de los derechos previstos en los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 en un clima de respeto y confianza. Finalmente, solicitó suspender las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio, mientras el Estado peruano no cumpla con esta recomendación.

d. Reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales (DS N° 002-2009-MINAM): Esta norma tampoco se dirige exclusivamente a la población indígena, tiene por finalidad regular los mecanismos y procesos de participación y consulta en los temas de contenido ambiental para la ciudadanía en general. No define la consulta ni los mecanismos que establece para llevarla a cabo, tales como las audiencias públicas, talleres participativos, encuestas de opinión, buzones de sugerencias, comisiones ambientales regionales y locales, grupos técnicos y comités de gestión. Al ser aplicable solo al sector ambiental, los responsables de su supervisión son las autoridades ambientales, con participación de los gobiernos locales y regionales de la zona. Por último, es conveniente señalar que los aportes y sugerencias que resulten del proceso de consulta solo tendrán carácter informativo, y no serán vinculantes.

⁴⁹ CEACR (2010) Información de la CEACR sobre el Convenio 169. Observación, CEARC/80ª Reunión

Cuadro N° 5

**Marco normativo relacionada al derecho a la consulta y a la participación
ciudadana en asuntos ambientales el Perú**

Norma/fecha de publicación	Definición de la consulta	Mecanismos para efectuar la consulta	Autoridad competente	Acatamiento de las observaciones
RM N 535-2004-MEM/DM 30/dic/2004 Reglamenta la PC para las Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los EAs	No se define la consulta. Solo la participación como la intervención activa de las personas en los procedimientos de aprobación de los EAs. (Art. 16°)	Talleres informativos antes, durante y después de la presentación de los EIA. Audiencias Públicas una vez presentado el EIA (Art. 4° y siguientes)	El MINEM, a través de la DGAAE y los Gobiernos Regionales de sus DREMs (Art. 3)	La transcripción de las preguntas y respuestas formuladas en la Audiencia Pública, y las observaciones, propuestas y sugerencias realizadas dentro de los 15 días posteriores, serán evaluadas por la DGGAE o la DREM, para considerarlas en el informe final (Arts. 7.9 y 7.13)
DS N 012-2008-EM 18/feb/2008 Reglamenta la PC para la realización de actividades de Hidrocarburos. Complementada con la RM N° 571-2008-MEM-DM 5/dic/2008 que aprueba los Lineamientos para la PC en las actividades de Hidrocarburos	Define a la consulta como una forma de PC que tiene por objeto determinar los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos (Art. II). Reconoce la consulta, llevada a cabo por los pueblos indígenas, la que deberá ejercerse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con el fin de llegar a mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios (Art. III).	Difusión del proyecto (Art. 4), realización de eventos presenciales (Art 8); audiencias públicas y talleres informativos, buzón de observaciones y opiniones; oficina de información y participación ciudadana; visitas guiadas; equipo de promotores y difusión a través de los medios de comunicación (Arts. 10, 11 y 12) El Plan de PC y/o una Oficina de Información y PC de acuerdo con las características de la zona. (Art. 17)	En la etapa de concesiones, es PERUPETRO S.A. (Art. 4). En la fase de elaboración de los EAs, y la aprobación del Plan de PC la competente es la DGAAE. (Arts. 9 y 15). En la etapa posterior a la aprobación de los EAs, la elaboración del Plan de PC será a cargo del titular del proyecto que lo elaborará de forma coordinada con la población del Área de Influencia Directa e Indirecta del Proyecto de Hidrocarburos (Art. 13)	Las sugerencias y observaciones de la población, de las autoridades regionales, Locales, Comunales y entidades representativas, referidas a aspectos sociales, culturales y ambientales, se remitirán por PERUPETRO S.A. a la DGAAE, para que se las incorporen en el Registro Interno de PC, las que luego serán meritadas durante la evaluación de los EAs que presente el titular de Actividades de Hidrocarburos.(Art. 31 de la RM N° 571-2008-MEM-DM)

<p>DS N° 028-2008-EM 26/may/2008. Reglamenta la de PC en el Subsector Minero. Esta norma derogó el DS N° 038-98-EM (25/nov/1998)</p> <p>RM N° 304-2008-MEM/DM (24/jun/2008) Aprueba las normas que regulan el proceso de participación ciudadana en el Subsector Minero</p>	<p>El derecho a la consulta se ejerce a través del proceso de PC; bajo la buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, a fin de conocer antes del inicio de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas que habitan en el área de influencia proyectada son resguardados y en qué medida. Se advierte que la consulta no otorga derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad. (Art. 4)</p>	<p>Encuestas, entrevistas a grupos focales; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; vigilancia ambiental; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que determine la autoridad nacional competente (Art. 6)</p>	<p>La autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de PC relacionados a las actividades mineras de la mediana y gran minería es la DGAAM.; así como el Gobierno Regional, a través de su correspondiente instancia que se encargará de los procesos de PC del ámbito de su competencia (Art. 2°).</p>	<p>En el Decreto Supremo no existe referencia alguna sobre este punto. Pero en la Resolución Ministerial que la complementa, sí. Señala que serán tomadas en cuenta en cada etapa señalada para la participación, solo a mérito de la opinión de la autoridad competente (Arts. 7, 10, 12, 15, 19, 22)</p>
<p>DS N° 002-2009-MINAM Aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales</p>	<p>No se da una definición de consulta, lo único concepto cercano es la convocatoria de la entidad a la población de la zona de influencia para el examen y/o revisión de propuestas normativas, proyectos, obras u otras decisiones con contenido ambiental que pudieran afectarla, con el objeto de recibir sus aportes y sugerencias (Art. 30.1).</p>	<p>Audiencias públicas, talleres participativos, encuestas de Opinión, buzones de sugerencias, comisiones ambientales regionales y locales, grupos técnicos y comités de gestión. Los mecanismos aplicarán en español y en el idioma o lengua predominante en la zona de influencia del respectivo proyecto o de realización de la audiencia o taller (Art. 29).</p>	<p>La autoridad ambiental del sector y, cuando sea pertinente, contará con la participación de los gobiernos regionales y locales respectivos (Art. 30.2)</p> <p>La entidad o en caso de proyectos de inversión, el administrado, sujeto a la aprobación de la entidad, elaborará su plan de consulta pública. (Art. 30.3.e)</p>	<p>Los aportes y sugerencias tendrán propósito informativo convocante y carácter no vinculante (Art. 30.1).</p>

Fuente: Elaboración propia con datos del Sistema Peruano de Información Jurídica.

5.4. Normativa complementaria sobre el derecho a la consulta previa

El Cuadro N° 6 se elaboró tomando en cuenta la legislación sobre pueblos indígenas, participación ciudadana y otras de carácter general vigentes, la finalidad era determinar si en estas existe alguna disposición relacionada al derecho a la consulta. Se verificó que la mayor parte no la menciona, especialmente la normativa antigua; no obstante, en los últimos años se ha desarrollado una normativa que sí lo hace de modo muy general, así como a los derechos a la participación y al consentimiento previo, libre e

informado. A continuación se presentará esta normativa, con un breve comentario, a fin de tener mayores elementos de análisis sobre cómo se está regulando la consulta en el Perú.

- Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (DL 20653 09/05/78) no hace mención sobre el derecho a la consulta, pese a que el fin de esta ley es regular el desarrollo de la selva y de sus comunidades mediante proyectos de asentamiento rural. Este vacío puede entenderse si se considera que la fecha de su promulgación es anterior a la vigencia del Convenio 169, lamentablemente tampoco cuenta con una modificación posterior acorde con los avances del derecho internacional.
- La ley de participación y control ciudadano (Ley 26300) no regula el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, pese a que en el Perú es visto como una especie del derecho de participación ciudadana. Podría incluirse dentro de los alcances del artículo 2.d, cuando se hace referencia a “*otros mecanismos vigentes de participación*”; no obstante, al revisar íntegramente la norma, se advierte que ésta remite la regulación de estos “*otros mecanismos*” a las leyes generales de los gobiernos regionales y locales. Esta ley sólo desarrolla los procedimientos de iniciativa legal, reforma constitucional o de rendición de cuentas.
- La Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y la Ley de Áreas Naturales Protegidas prevén la participación de los ciudadanos, especialmente de la población local, en lo referente a las políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales; y en la gestión y desarrollo de las áreas protegidas, respectivamente.
- La Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (Ley 26839) y la que establece el Régimen de Protección de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (Ley 27811) no se refieren directamente al derecho a la consulta ni al de participación, pero sí al consentimiento previo e informado como mecanismo por el cual los pueblos indígenas decidirán compartir sus conocimientos. La Ley 27811 prevé que el proceso para conseguir tal consentimiento es la negociación entre la parte interesada en obtener el conocimiento y la representación indígena; sin intervención estatal.
- La Ley del INDEPA (Ley 28595) establece entre sus funciones la concertación y coordinación de la consulta a los pueblos indígenas, por tal motivo atribuye a su

Consejo Directivo la organización de consultas nacionales dirigidas a este sector de la población, de conformidad con los tratados internacionales.

- Sobre los mecanismos de participación en cuestiones medioambientales, la Ley General de Ambiente (Ley 28611, artículo 72) establece el procedimiento de consulta, que en caso de aplicarse a la población indígena se orientará preferentemente a conseguir acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y de establecer beneficios y medidas compensatorias.
- La Ley de Comunidades Campesinas (Ley 24656) ni la Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (Ley 28736) y su Reglamento (DS N° 008-2007-MIMDES) hacen referencia al derecho a la consulta.
- La Ley de inversión privada para el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley 26505 (1995), ha tenido controversiales modificaciones. En primer lugar, estableció como requisito para la obtención de los derechos de explotación minera, el acuerdo previo con el propietario de las tierras (artículo 7). Su modificación instauró como alternativa, un procedimiento de servidumbre otorgado mediante resolución suprema, que incluyese la indemnización, según la valorización más la compensación por el eventual perjuicio ocasionado. Este cambio facilitó el desarrollo de la explotación minera, porque en un marco legal y administrativo de promoción a las inversiones, la obtención de la servidumbre está asegurada. Esto disminuye la capacidad de negociación del propietario, debido a que las condiciones para lograr un acuerdo justo están subordinadas a la compensación económica que otorgue el Estado en la resolución suprema.

Cuadro N° 6
Normativa complementaria que prevé la consulta, participación y consentimiento de los pueblos indígenas

Norma Legal	Artículo pertinente
Ley de los derechos de participación y control ciudadanos (Ley N° 26300)	Artículo 2.e.- Son derechos de participación ciudadanos los siguientes: (...) e) Otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.
Ley N° 26505 referido a la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos	Artículo 7°.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.

Ley Orgánica de Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821)	Artículo 5.- Los ciudadanos tienen derecho a ser informados y a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales (...)
Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26834)	El Instituto Nacional de Recursos Naturales tiene entre sus funciones: Artículo 8.- I. Promover la participación de la sociedad civil, y en especial de las poblaciones locales, en la gestión y desarrollo de las áreas protegidas.
Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (Ley N° 26839)	Artículo 23.- (...) se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.
Ley del régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (Ley N° 27811)	Artículo 2.c.- Consentimiento informado previo.- Autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo (...)
Ley del INDEPA (Ley N° 28595)	Artículo 8.i.- Son atribuciones del Consejo Directivo del INDEPA: Organizar las consultas nacionales a los Pueblos Indígenas y Afroperuano que los involucran conforme los tratados internacionales.
Ley General de Ambiente, (Ley N° 28611)	72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas (...).

Fuente: Elaboración propia con datos del Sistema Peruano de Información Jurídica.

5.5. Proyectos de ley sobre el derecho a la consulta previa

En el período parlamentario 2001-2006 se presentaron dos propuestas legislativas sobre el derecho a la consulta previa: 1) PL 7808/2003-CR (12/agosto/2003) y 2) PL 12512/2004- CR (3/setiembre/2004); ambas propuestas fueron acumuladas con otras en el Dictamen favorable de la “*Ley General de Pueblos Originarios o Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas*” que fue debatido y aprobado dentro de la CPAAAEA; pero luego fue observado por algunos congresistas en el Pleno, quienes opinaron que muchos de los artículos aprobados en el dictamen eran inconstitucionales y que por lo tanto debía derivarse a la Comisión de Constitución y Reglamento para que emitiese su opinión⁵⁰; las objeciones se centraron principalmente en el derecho a la propiedad y

⁵⁰ El Acta de Sesión del Pleno del 12 de julio de 2006 señala que: “Previo debate, se acordó que regrese a la Comisión de Pueblos Andinoamazónicos Afroperuanos, Ambiente y Ecología, y pase a la Comisión de Constitución y Reglamento el Proyecto de Ley General de Pueblos Originarios o Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas”. Esta cuestión previa, planteada por los congresistas María Elena Moyano y Jorge del Castillo fue aprobada por 40 votos a favor, 21 en contra y 5 abstenciones.

reconocimiento de las tierras comunales, en la consulta para el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y en el ejercicio de la justicia comunal. Queda claro que los congresistas no estuvieron interesados en debatir estas iniciativas, su espera a hacerlo al último día de la legislatura lo demuestra. En aquella oportunidad, un congresista expresó su opinión de la siguiente manera:

“Románticamente, eso está muy bien, pero en la práctica esta norma significa un retroceso sustancial. Por ejemplo, no les permite a las comunidades disponer de sus propiedades, no prevé como parte de sus ingresos el producto de lo que quieran vender, y hasta da derecho de preferencia y capacidad de retracto a un colindante. (...) Yo desearía que los señores congresistas lean este proyecto, que tiene 78 artículos y no sé cuántas disposiciones transitorias y finales. Es entonces muy difícil que a las 10 y pico de la noche, virtualmente el último día de legislatura, aprobemos un proyecto de este tipo.”⁵¹

Iniciado el nuevo período parlamentario, los proyectos de ley mencionados fueron actualizados por Acuerdo del Consejo Directivo y derivados a las comisiones competentes⁵², convirtiéndose en los proyectos de ley 413/2006-CR⁵³, 427/2006-CR⁵⁴. Posteriormente, la congresista Hilaria Supa presentaría el PL 2016/2007-CR⁵⁵. De estos tres proyectos, el PL 427/2006-CR es el único que se refiere a una aplicación general del derecho a la consulta y no solo sobre asuntos relacionados a permisos de exploración o explotación de los recursos naturales que se encuentran en zonas reservadas a favor del Estado o que están tituladas y habitadas de manera regular por la población indígena.

Estos tres proyectos fueron acumulados y trabajados en un dictamen favorable sustitutorio para una ley de consulta previa de los pueblos indígenas⁵⁶, que fue aprobado por la CPA AAAE en noviembre de 2008. Al respecto, la Congresista Hilaria Supa nos señaló que el carácter vinculante del proceso de consulta y de sus resultados fue el punto más controvertido en el debate de aprobación del texto final del dictamen:

“Se ha elaborado un proyecto de ley antes que pase lo de Bagua, yo he presentado un proyecto de ley, y este proyecto de ley tenía que ser vinculante, pero hubo discrepancias dentro de la comisión de pueblos indígenas amazónicos, quienes no quisieron aprobar esto, no quisieron aprobar el partido aprista que es del Ejecutivo y también el fujimorismo. Ellos quitaron el artículo que es vinculante, pero tiene que ser vinculante, sino de qué serviría esta ley, sería por gusto, pero no se hizo caso y así se aprobó, por eso la Defensoría del Pueblo dijo no sirve, por eso es que mandó sus observaciones.”⁵⁷

⁵¹ Intervención del congresista Jorge del Castillo Gálvez. Diario de los Debates del Congreso de la República. Segunda Legislatura Ordinaria 2005. 20ª Sesión. 12 de julio de 2006. Disponible en: www.congreso.gob.pe

⁵² Se trata del Acuerdo de Consejo Directivo N° 0032-2006-2007/CONSEJO-CR del 16 de agosto de 2006.

⁵³ Proyecto de ley que prevé la consulta previa con las comunidades indígenas para la explotación de recursos naturales

⁵⁴ Proyecto de ley que regula el derecho de consulta a que refiere el inciso a) del artículo 6° del numeral 2 del artículo 15° del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

⁵⁵ Proyecto de ley de consulta y participación de los pueblos indígenas en materia ambiental

⁵⁶ Nótese que a diferencia del anterior período parlamentario, esta vez la consulta previa es tratada de forma separada y no como parte de una ley general de comunidades campesinas y nativas y de pueblos originarios.

⁵⁷ Entrevista a la Congresista y Coordinadora del Grupo Parlamentario Indígena del Congreso de la República. Entrevista realizada en enero de 2010.

En mayo del 2009, la Defensoría del Pueblo la DP presentó el Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI en el que se señalan algunas observaciones sobre el dictamen aprobado en el seno de la CPAAAAEEA, que nos parece pertinente comentar:

- *“El dictamen solo se refiere al derecho a la consulta con relación a la realización de actividades económicas vinculadas a recursos naturales”*: El Convenio 169 y la Declaración no distinguen sobre la materia a consultar, solo establece de manera genérica que la realización de la consulta deberá hacerse sobre cualquier ley o acto administrativo que afecte de forma directa a los pueblos indígenas.
- *“Es responsabilidad del INDEPA contar con un padrón electoral que identifique a las personas que serán consultadas”*: Es cierto, el proceso de consulta no es uno de carácter electoral. Sobre este punto, somos de la opinión que sí debe existir una entidad responsable que tenga una base de datos sobre los pueblos indígenas, más aun con las dificultades que existen en el Perú para la identificación de “lo indígena”; en todo caso, el INEI y el RENIEC podrían ser organismos colaboradores en la elaboración de mecanismos que permitan esta identificación y cuantificación.
- *“No se han señalado etapas procedimentales”*: Significa que el legislador asume que la consulta no es un proceso, que se ejerce solamente a través de un acto electoral.
- *“No detalla que la responsabilidad de realizar procesos de consulta le corresponde a las diversas instituciones de la administración pública”*: La consulta es aplicable a todas las decisiones de la administración pública considerada en todos sus niveles y a medida que afecten a los pueblos indígenas.
- *“Se omite considerar que la consulta debe ser previa”*: Por el contrario, el artículo 8 del dictamen establece la consulta con posterioridad, en el caso que la población indígena quiera pronunciarse sobre la continuidad de la actividad que se está realizando; nosotros consideramos que la consulta siempre debe ser previa para cualquier asunto que se trate, la consulta posterior solo fomentaría desencuentros y conflictos.
- *“Solo enumera algunos principios del derecho a la consulta pero no se desarrolla su contenido”*:
- *“No señala expresamente las características o elementos esenciales del derecho a la consulta”*:
- *“No precisa cómo se determinarán las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participarán en los procesos de consulta”*: En todo caso, no solo bastaría saber cómo se determinarán, sino cuáles son las organizaciones e instituciones verdaderamente representativas de los pueblos indígenas, quién sostiene su representatividad y por qué son representativos.

- “No se ha considerado la posibilidad que, finalizado un proceso de consulta, no se llegue a un acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas”: Sería recomendable que la ley se refiriera a este asunto puesto que se relaciona con la posibilidad de la aparición o el rebrote de conflictividad.

Ahora bien, una de las observaciones más importantes de la DP sobre este dictamen señala que el proceso de análisis para la aprobación de los proyectos de ley por la Comisión y por el Congreso, prácticamente no tomó en cuenta la participación de los pueblos indígenas, pese a que se trataba de la realización de una ley de consulta previa dirigida a ellos. En efecto, el dictamen solo cuenta con la opinión de dos organizaciones indígenas, la AIDSESEP y la CONACAMI; se pidió opinión a la CONAP pero ésta no la alcanzó. Así que el dictamen se aprobó sólo con la opinión de estas dos representaciones, sin tomar en consideración a las otras organizaciones indígenas de la sierra y de la selva. Es indiscutible que la AIDSESEP se constituye en una organización ampliamente representativa, pero no lo es de la totalidad a la población indígena⁵⁸. El dictamen finalmente, fue devuelto del Pleno a la CPAAAAE y la Comisión de Constitución y Reglamento; y se encontraba “en estudio” hasta los sucesos de Bagua.

5.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la consulta previa

El TC peruano se pronunció sobre el derecho a la consulta en el expediente N° 03343-2007-PA/TC⁵⁹. En este caso el TC falló a favor del demandante, prohibiendo a las empresas que realicen la última fase de la etapa de exploración y de explotación hasta que cuenten con un Plan Maestro compatible entre la actividad extractiva y los objetivos del área de conservación regional Cordillera Escalera; sus fundamentos descansan en normas de protección ambiental y de derechos humanos de los pueblos indígenas. Cabe destacar que el TC consideró oportuno referirse a los derechos de los pueblos indígenas pese a que

⁵⁸ El dictamen contaba con opiniones favorables de las siguientes entidades: Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Agricultura, Consejo Nacional de Ambiente, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de la Producción, Defensoría del Pueblo; y de algunas asociaciones civiles que trabajan los temas ambientales: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. La Sociedad Nacional de Industrias y de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas manifestaron su disconformidad con esta ley.

⁵⁹ Proceso de amparo iniciado por el ciudadano Jaime Hans Bustamante Johnson, quien demandó a las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú, sucursal del Perú y Petrobras energía Perú S.A., por atentar contra su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. El demandante solicitó se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de sus derechos y se suspenda la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el área conocida como “Cordillera Escalera”, declarada área protegida mediante DS N° 045-2005-AG, por ser fuente captadora y almacenadora de agua, naciendo de ella tres cuencas hidrográficas que proveen a la población aledaña.

el demandante no los invocó en su demanda, debido a que en el área protegida habitan 64 comunidades nativas pertenecientes a los grupos étnicos Cocama Cocamilla y Chayahuita. En su fundamentación, reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en base al derecho a la identidad étnica, a las sentencias de la CIDH sobre los casos de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua y el pueblo Saramaka vs. Surinam y al Convenio 169 de la OIT, referidos a la consulta y a la obligación de los estados de tomarlos en cuenta cuando se afecten sus tierras y su propio desarrollo. El TC afirma que la identidad étnica comprende el derecho de los pueblos indígenas:

“a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles [y el] derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles.”⁶⁰

Estos argumentos están reforzados por la invocación del derecho a la libre autodeterminación que junto a la concepción que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras⁶¹ sustentan del derecho a la consulta previa. Es así que la obtención del consentimiento a través de este procedimiento, otorgaría legitimidad tanto al Estado como a los particulares para efectuar cualquier actividad de explotación de los recursos naturales sobre territorios indígenas. Por un lado, el Estado cumplirá sus obligaciones internacionales y promoverá el respeto de los derechos humanos y por otro, se vislumbrará ante la sociedad la responsabilidad social de la empresa⁶².

Finalmente, el TC insta al Congreso a otorgar una ley general de consulta previa *“que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad (...) en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas”⁶³*, esta última aclaración es importante porque el razonamiento jurídico del tribunal en la sentencia se ha orientado al reconocimiento del derecho a la consulta en base al derecho a la tierra y al derecho a la libre determinación, comprensible porque el caso lo ameritaba, ya que implicaba diversos derechos, como el derecho al disfrute de los recursos naturales, al medio ambiente sano o al desarrollo, sin embargo, al aclarar que el derecho a la consulta se extiende a *“todos los ámbitos”* de intervención de los pueblos indígenas, está reconociendo que es un derecho que no solo debe agotarse en cuestiones territoriales, sino que debe abarcar una multiplicidad de temas (como la salud, educación, lengua o identidad).

⁶⁰ Fundamento jurídico N° 30.

⁶¹ Fundamento Jurídico N° 33.

⁶² Fundamentos Jurídicos N° 36 y 39.

⁶³ Fundamento Jurídico N° 40.

5.7. Casos que ilustran el ejercicio del derecho a la consulta en el Perú

Los casos que se desarrollarán a continuación no son procesos de consulta previa propiamente dichos, aunque la mayoría de veces se les ha considerado como tales. En el caso de Tambogrande, existió un proceso de consulta con participación indígena pero no de acuerdo a los parámetros señalados en el Convenio 169 de la OIT; sin embargo, fue un excelente ensayo para entender el ejercicio de este derecho. El segundo caso, muestra lo que comúnmente se ha denominado consulta en el Perú que es la conformación de mesas de diálogo, se expone la experiencia de negociación entre la compañía minera y las comunidades campesinas de Espinar ubicadas alrededor de la mina de Tintaya, es emblemático porque fue la primera vez en que la empresa y la población se pusieron de acuerdo para dar viabilidad a un proyecto de extracción minera.

5.7.1. Caso Tambogrande

A fin de contextualizar, Tambogrande es un distrito que se ubica en la costa norte del Perú, concretamente en la provincia y departamento de Piura; la mayor parte de su población son colonos que se dedican principalmente a la producción de limón, mango y arroz en el valle de San Lorenzo; la otra parte está conformada por tres comunidades campesinas: Apóstol Juan Bautista de Locuto, José Ignacio Távora Pasapera y Señor de los Milagros Cruz de Cana que viven en el margen izquierdo del río Piura y son la principal mano de obra en las tierras agrícolas de los colonos.

Los antecedentes de este caso se remontan a la década de los 70, cuando se reportó por primera vez la existencia de minerales en la zona y se firma un acuerdo de exploración y explotación con la empresa francesa Bureau de Recherches Géologiques et Minières; pero es en 1999 que el Estado otorga la concesión de estos yacimientos a la empresa canadiense MMC, sustituyendo formalmente a la anterior. La MMC inició sus actividades en el margen izquierdo del río Piura, es decir, en la zona donde habitan las comunidades campesinas. Una vez dentro de la zona, la empresa decidió pactar sólo con la comunidad campesina Apóstol Juan Bautista de Locuto, ignorando a las otras dos comunidades y a las organizaciones representativas de los colonos. Todo esto causó gran malestar en la población, se sintieron traicionados y percibieron que las verdaderas intenciones de la empresa era desunirlos. No obstante, este acuerdo fue disuelto por la Asamblea General de la comunidad, alegando que sólo fue suscrita por algunos directivos. Ante esto, la empresa continuó con una nueva estrategia: brindar información positiva de la actividad minera,

negando cualquier posibilidad de daño ambiental. En este contexto, en noviembre de 2002 la empresa inició la explotación en medio del descontento de la población, la descoordinación de ésta con la municipalidad de Tambogrande y la completa ausencia del gobierno central.

De acuerdo a las normas vigentes en aquel entonces, el único ámbito de intervención estatal estaba a cargo del MINEM y estaría referido a los estudios de impacto ambiental. De hecho, después de tres años de iniciada la exploración y con la permanente afirmación de parte de la empresa y del gobierno sobre las bondades de la minería, aún no se contaba con dicho estudio, inconcebible en una zona habitada y cuya actividad principal era la agricultura. En suma, no existía un documento que sustente la viabilidad del proyecto minero, salvo la línea base que había presentado la minera en julio del 2000, elaborada a través de una consultora extranjera sin participación de las comunidades y del resto de los habitantes. Posteriormente, en el 2002, ante la presión de las frecuentes movilizaciones de la población y los requerimientos del MINEM, la MMC presentó su EIA pero tampoco se contó con la participación de la población a pesar que estaba vigente el reglamento de participación ciudadana en los procedimientos de aprobación de los estudios ambientales (RM 728-99-EM/VMM).

Con seguridad este fue uno de los hechos más indignantes para la población porque se hizo durante el proceso de diálogo con la empresa en la que también participaban el MINEM y la DP; fue peor cuando el INRENA advirtió que el estudio presentado carecía de documentos necesarios para determinar a detalle las condiciones del proyecto y sus posibles impactos, falta que fue “subsanaada” por la empresa mediante la presentación de la información restante en inglés, contraviniendo la legislación interna, porque al ser el EIA de interés público existe la obligación de la empresa en presentar la información en el idioma oficial del Perú (De Echave:2003). Por otra parte, desde la iniciativa propia de la sociedad civil se elaboraron otros estudios socioambientales como el de Morán -“EIA de Tambogrande: ¿Estudios técnicos o publicidad?”- y el del Centro de Investigación de Geografía Aplicada de la Pontificia Universidad Católica del Perú; que observaron el proyecto de Manhattan.

Debemos notar que el conflicto se desarrolló entre 1999 y 2003, con tres gobiernos: Alberto Fujimori, Valentín Paniagua y Alejandro Toledo. Solo durante este último hay un intento por acercarse a la población mediante la conformación de mesas de diálogo; medida que no tuvo mucho éxito no solo porque aun no existía una metodología clara para realizarlo, sino porque (y lo más importante) los ciudadanos habían perdido la confianza en

las entidades estatales, especialmente del MINEM porque percibían que se preocupaban más por velar los intereses de la empresa (Paredes:2008:282)

En este estudio no se tiene la intención de atender a la evolución de los repertorios de acción colectiva en Tambogrande ni al rol que jugaron cada uno de sus agentes, sino al proceso de consulta que se efectuó en ese lugar. Con seguridad el agente más importante fue el Frente de Defensa de Tambogrande, que desde 1999 estaba buscando la realización de un proceso informativo y de participación efectiva en los estudios de impacto ambiental y en general en la fijación de las condiciones de explotación minera en el lugar; y aunque al inicio su discurso de lucha estaba circunscrito a los espacios locales, llegó un momento en que se incluyó a la población nacional, en la llamada “guerra del limón”.

Ante el fracaso del diálogo entre la comunidad, la empresa y el Estado; la Mesa Técnica de Tambogrande⁶⁴, la municipalidad distrital de Tambogrande y el Frente de Defensa plantearon al MINEM la realización de una consulta popular. El Ejecutivo no aceptó, propuso esperar hasta que se tengan los resultados de un nuevo estudio ambiental y se vean los frutos de la intervención de la DP como agente mediador del conflicto. Sin embargo, la población decidió seguir adelante con el proceso de consulta, sosteniendo que con ella se llegaría a conocer su verdadera opinión respecto a las actividades de la MMC.

En tal sentido, pese a la negativa de la autoridad ambiental en actividades mineras, en octubre de 2001 el Concejo Distrital de la Municipalidad de Tambogrande aprobó crear un mecanismo de participación ciudadana a través de una consulta vecinal; que en un primer momento fue apoyado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, aunque luego ésta se excusó de participar. La dirigencia del movimiento decidió continuar con la consulta, que se llevó a cabo el 2 de junio de 2002 bajo la supervisión de observadores llegados de Holanda, Alemania, Canadá, representantes de la Asociación de Voluntarios Italianos en el Perú, el Grupo Latinoamericano de Iglesias, el Instituto para la Resolución de Conflictos, entre otros. Los resultados fueron contundentes: de una población electoral de 36,936 ciudadanos, acudieron a votar 21,290, de los cuales 19,996 (98,6%) votaron contra la presencia de la empresa Manhattan en el valle, y solo 283 la consintieron⁶⁵.

El resultado de la consulta no fue reconocido por el Estado, el MINEM sostuvo que no era válida porque la población no contaba con los informes suficientes para emitir su opinión (se refería específicamente al EIA que aun no estaba disponible) y que si se quería tener una opinión válida el pueblo debía tener la información necesaria para emitir un

⁶⁴ Conformada por la Diaconía, Propuesta Regional, la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), CooperAcción, Asociación Civil Labor, ECO y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) y la Fundación Ecuénica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ).

⁶⁵ “La Voz del Pueblo”. En La República (4 de junio de 2002). Disponible en: www.larepublica.pe

juicio de valor. La posición estatal impulsó a que el Frente de Defensa de Tambogrande ideara otro tipo de estrategia que genere la identificación del resto de peruanos con sus reclamos, dando inicio a una campaña donde se apelaba al “futuro del limón”. Al ser Tambogrande la zona donde se produce el mejor limón del Perú, y como éste se constituye en el ingrediente esencial de comidas y bebidas de suma importancia para los peruanos, la identificación no se hizo esperar; apoyados por ONGs y los medios de comunicación, se consiguió que la opinión pública nacional se solidarizara con la causa local.

Es muy probable que todos estos hechos hayan influido para que en diciembre del 2003 se descalifique a la MMC. En un comunicado de prensa Centromín Perú señaló que la empresa minera de capitales canadienses “*perdió definitivamente el derecho de ejercer la opción de acuerdo a lo establecido en el contrato*”⁶⁶, porque no cumplió con acreditar el patrimonio suficiente para sus operaciones. Aunque esta cancelación no obedeció a la voluntad de la población, sí terminó con el conflicto social que se había generado en dicha zona.

Algunas conclusiones sobre Tambogrande

- Aunque la consulta en Tambogrande no se realizó de acuerdo a los términos de consulta previa abordados en la primera parte de este trabajo, sí se constituyó en un excelente ensayo para entenderlo. No califica como “consulta previa” porque los participantes no fueron exclusivamente miembros de las comunidades campesinas, sino también los colonos; debido a que la problemática de Tambogrande implicaba a ambos sectores.
- Los esfuerzos de instaurar un diálogo entre el Estado, las empresas y la comunidad ocurrieron demasiado tarde, cuando las relaciones con los actores estatales y empresariales se encontraban desgastadas y desacreditadas. Por este motivo, tampoco puede tratarse de un proceso de consulta previa, no existió diálogo intercultural, comprensión ni crecimiento mutuo; el proceso que se efectuó fue eminentemente electoral, una especie de referéndum en el que la población podía expresar su acuerdo o desacuerdo con la actividad minera.
- La voluntad popular expresada en los resultados de la consulta no fue considerada por la entidad estatal responsable de dar las concesiones, la cancelación a la empresa se debió a causas financieras. A pesar de todo esto, es innegable la excepcionalidad del caso Tambogrande en el Perú porque por primera vez:

⁶⁶ “Manhattan dice adiós a Tambogrande. Empresa no califica financieramente para proyecto minero. Agricultores ganan “guerra del limón”. (12 de diciembre de 2003) Disponible en: www.larepublica.pe

- Se puso en evidencia la carencia institucional del organismo encargado de otorgar las concesiones mineras y de realizar los estudios de impacto ambiental.
- Permitió identificar las deficiencias de la legislación peruana con relación a la toma de decisiones sobre la viabilidad de los proyectos de exploración y explotación minera.
- La población manifestó su opinión respecto a la actividad minera a través de un acto de consulta.

5.7.2. Caso Tintaya

Este caso tiene sus antecedentes en los inicios del siglo XX, cuando se permitió a la empresa estadounidense Andes Exploration of Maine la exploración de la mina de cobre de Tintaya, que abarca las comunidades de Tintaya Marquiri, Alto Huancané, Huancané Bajo, Huano Huano y Alto Huarca⁶⁷, todas situadas en la provincia de Espinar, departamento del Cusco. En la década del ochenta, el gobierno decidió crear la Empresa Minera Especial Tintaya S.A. y expropió 2,368 hectáreas de tierras del entonces anexo Tintaya Marquiri, pagando un precio irrisorio a las 86 familias que se vieron afectadas (Aroca: 2008: 139). Nótese que la Constitución vigente aquel entonces reconocía que las tierras de las comunidades campesinas y nativas eran inembargables, imprescriptibles e inalienables; y sin embargo, les despojó de su propiedad, justificándose en la “utilidad pública”.

En la década del noventa la empresa estatal fue vendida a la estadounidense Magna Cooper Company, que en 1996 fue absorbida por BHP de Australia, la cual compró a las referidas comunidades otra cantidad de tierras a bajo costo. Lo cierto es que la compra venta de estas tierras no se habría hecho en una negociación equilibrada, las comunidades temían que el Estado otorgase sus territorios a la empresa a través de la servidumbre y que, por lo tanto, les asigne un valor mucho menor al que podrían obtener mediante una “negociación” directa.

Al iniciar el proceso, la relación entre comunidad y empresa cargó con el problema derivado de la expropiación efectuada en décadas pasadas porque los comuneros sostenían que se les había obligado a disponer de sus tierras a precios que no compensaban su verdadero valor, a esto se suma un marco constitucional de desprotección a las tierras comunales, una férrea implementación de la política neoliberal, la situación de marginación

⁶⁷ Todas estas comunidades campesinas, menos la de Alto Huarca, eran anexos de la Comunidad Campesina Antaycama.

de estas comunidades y el temor al posible daño ambiental que podría provocar la actividad minera.

En este marco, las cuatro comunidades decidieron crear la CORECAMI del Cusco, que posteriormente conformaría la CONACAMI; y contando con la asesoría de la ONG CooperAcción, presentó una solicitud al Ombudsman de Oxfam Australia (al ser la empresa australiana) para que intervenga frente a una posible afectación de los derechos de estas comunidades. Luego de evaluar los informes alcanzados por los peticionarios, representantes de Oxfam Australia y Oxfam América se constituyeron a las comunidades de Tintaya en diciembre de 2001 y recogiendo el pedido de la CORECAMI y la disposición de la empresa BHP Billiton Tintaya, decidieron conformar una Mesa de Diálogo.

Señala Aroca, entonces representante de Oxfam América, que uno de sus primeros pedidos de la comunidad fue excluir a los representantes del gobierno en este proceso - especialmente del MINEM – y no usar el sistema normativo vigente. En este sentido, se fijaron objetivos generales, normas de conducta y principios bajo los cuales se debían regir los participantes, y se formaron cuatro comisiones de trabajo: Tierras, medio ambiente, derechos humanos y desarrollo sostenible; y una adicional que se encargaría de coordinar y supervisarlas; todas las comisiones tendrían representantes de la Comunidad, de la empresa, de CONACAMI, de CORECAMI, de Oxfam América y Oxfam Australia.

Después de varios momentos en que peligró la negociación y en los que parecía no haber un entendimiento claro entre las partes, en diciembre de 2004 se logró firmar un acuerdo que reunía los puntos consensuados dentro de las comisiones. En la Comisión de Tierras se aceptó la propuesta de la empresa que implicaba reponer o canjear estas tierras por las de otras comunidades con un incremento de 25 a 50% dependiendo del valor del predio que sería determinado por consenso en las asambleas comunales, este canje implicaba la reubicación de la comunidad, para ello, la empresa se comprometió a brindar asistencia técnica a los comuneros por un período de 2 a 3 años. Sobre el tema medioambiental, la empresa se obligó a desarrollar, con la participación de los comuneros, la conformación de planes de evaluación; este trabajo debería ser gradual, de acuerdo al plan de trabajo elaborado por la Comisión Ejecutiva de Tierras que estaría conformada por CooperAcción, Oxfam América, Oxfam Australia, CONACAMI, CORECAMI, la compañía minera y los presidentes de las comunidades (Aroca:2008:160-186).

El acuerdo firmado por las partes establece que la comisión de medioambiente y de derechos humanos serán instancias permanentes que estarán a disposición de los comuneros. Además se dieron otros compromisos, en especial de parte de la empresa

como: i) el recojo de los lineamientos y metodologías de la Comisión ambiental para implementar los planes o programas sobre monitoreo ambiental conjunto, la evaluación de salud humana y salud animal y un sistema de vigilancia ambiental comunal en el área de influencia de la actividad minero metalúrgica; ii) La atención con criterio humanitario de 36 casos de presuntas violaciones de derechos humanos de los comuneros detectados en el Informe elaborado por el Instituto de Defensa Legal por encargo de la Comisión; así como otros que se denuncien con posterioridad; iii) Sobre el tema de desarrollo sostenible, se reconoció a las comunidades el derecho a determinar de acuerdo a su visión y a sus planes el tipo de desarrollo, se creó un Fondo para el Desarrollo de las Comunidades con aportes de la empresa y de la cooperación internacional canalizadas por la Fundación Tintaya.

Este Convenio parecía ser lo más óptimo en ese momento, porque aseguraba a la compañía el desarrollo normal de sus actividades y el mantenimiento de la mesa de diálogo como mecanismo de seguimiento de los acuerdos y de expresión de futuras observaciones de las comunidades. Sin embargo, en mayo de 2006, la empresa Xstrata plc anunció la compra del proyecto Tintaya a la BHP Billiton⁶⁸. Ante la preocupación de la comunidad campesina, de sus asesores y de Oxfam América, se solicitó nuevamente la intervención de la ombudsman de Oxfam Australia, quien consiguió exponer la problemática de las comunidades y comprometer a la Xstrata el cumplimiento de los acuerdos asumidos el 2004 por la BHP Billiton.

Algunas conclusiones sobre Tintaya

- El caso expuesto se trata del primer proceso de diálogo exitoso entre las comunidades campesinas y la empresa minera, los criterios y principios aplicados se condicen con los de la consulta previa; porque se basaron en la participación, en la transparencia, en la autonomía de la comunidad, en el acceso a la información, en la confianza y buena fe.
- Los consensos se formaron conforme a la voluntad de los miembros de la comunidad quienes expresaban sus decisiones en las asambleas generales, que fueron luego expresadas por sus delegados en la Mesa de Diálogo.
- Tintaya nos permite advertir algunas cuestiones importantes relacionadas a la carencia institucional que impide el desarrollo de este tipo de diálogo en el Perú:
 - La decisión de la comunidad de no someterse a los mecanismos de participación previstos en la ley y negar la intervención de las entidades estatales como el

⁶⁸ “Xstrata anuncia la compra de Tintaya a BHP Billinton” En el diario La República (05 de mayo de 2006). Disponible en: www.larepublica.pe

Ministerio de Energía y Minas o como la propia DP que fue reemplazada por la ombudsman de Oxfam Australia, nos hace reflexionar sobre la debilidad y la falta de credibilidad del Estado frente a la población.

- Consideramos que esta debilidad institucional debilita el cumplimiento de los acuerdos asumidos y genera inseguridad y desconfianza en la población indígena. El ejemplo más claro es la venta que hiciese BHP Billinton de la mina y su proyecto minero, dejando de lado lo acordado y haciendo depender su cumplimiento a la buena voluntad de la nueva empresa, conseguida a través de la intervención de la Ombudsman de Australia.
- Aunque la empresa Txtrata haya manifestado su disposición de proseguir con los acuerdos del 2004, lo cierto es que después de más de cinco años la situación de las comunidades campesinas de Tintaya ha variado mínimamente. La Mesa de Diálogo con las comunidades afectadas sigue funcionando, así como el Convenio Marco con el Pueblo de Espinar (otro Convenio firmado entre el gobierno local de la provincia de Espinar y la BHP Billinton), pero en ambos casos existen reclamos aún insatisfechos, tales como la reubicación de algunos comuneros a otras tierras o la realización de un estudio ambiental independiente⁶⁹.

VI. Política estatal peruana con relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

En el presente apartado intentaré hacer un breve recuento y análisis de los avances y retrocesos en el reconocimiento legal e institucional de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú poniendo especial énfasis en lo desarrollado durante las últimas décadas. Para conseguirlo, tomaré en consideración algunos aspectos contextuales como el período de violencia política, el régimen dictatorial de Fujimori o la transición hacia la democracia, momentos que estuvieron acompañados del creciente ingreso de las demandas indígenas a la agenda internacional.

6.1. Revisión del desarrollo legal e institucional de los derechos de los pueblos indígenas peruanos

El establecimiento de la república peruana no generó un cambio sustancial en el trato a los pueblos indígenas; de hecho a casi dos centurias de proclamada la independencia

⁶⁹ DURAND, Francisco. "Ay, Tintaya". Diario la República. Del 12 de febrero de 2009. Disponible en: www.larepublica.pe

aún se mantienen en situación de exclusión y pobreza. Uno de los fines del Estado es asegurar y preservar el bien común, y en el caso peruano, tal fin debería ser cumplido teniendo la consideración multiétnica y pluriculturalidad de la Nación. Por ello, las normas jurídicas, los actos administrativos y las políticas públicas deberían aprobarse tomando en cuenta esta realidad. De ahí la necesidad de dejar de lado esa búsqueda por la conformación de un Estado homogéneo que ha negado la diferencia y, por lo tanto, la posibilidad a millones de peruanos de participar en aspectos económicos, sociales, políticos o culturales, marginando y otorgando solo a un sector de la sociedad la posibilidad de decidir sobre la marcha del país⁷⁰.

En relación al fomento de la institucionalidad sobre la temática indígena⁷¹, cabe mencionar que a lo largo del siglo XX se crearon en el Perú organismos encargados para tal fin, solo que muchos de ellos fueron dependientes administrativa y económicamente de alguna otra entidad estatal. Además ningún gobierno habría utilizado un discurso de reivindicación indígena, salvo el de Juan Velasco Alvarado que impulsó la reforma agraria y otras medidas tendientes a reconocer y revalorar la cultura indígena a inicios de los setentas, iniciativas que no fueron asumidas por su sucesor.

Referente a la década del ochenta, no se puede dejar de relacionar el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú con el período de violencia política (1980-2000). La Comisión de la Verdad y Reconciliación estableció que el conflicto se presentó especialmente en zonas rurales, siendo los campesinos quechuahablantes las víctimas principales⁷². El segundo grupo de víctimas estuvo constituido por autoridades locales, es decir, alcaldes distritales y provinciales, regidores, tenientes, tenientes gobernadores y dirigentes comunales. De acuerdo con los testimonios recogidos por la Comisión, estos

⁷⁰ A propósito de esta afirmación, Raquel Yrigoyen nos entrega una lúcida reflexión sobre la conformación de los Estado Nación en Latinoamérica y su fin homogenizador en “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”. Disponible en: <http://www.alertanet.org/ryf-americaindigena.htm>

⁷¹ Los antecedentes de la institucionalidad estatal encargada de la temática indígena datan del gobierno de Augusto B. Leguía (1919-1930) que bajo un discurso paternalista de protección a los indígenas, creó la Sección de Asuntos Indígenas y el Patronato de la Raza Indígena. Posteriormente, en 1946 se creó el Instituto Indigenista Peruano, que fue asimilado al Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas; cuando en 1974 este ministerio cambió su denominación a Ministerio de Trabajo y Promoción Social, el Instituto siguió ejerciendo sus funciones, hasta que en 1993 Alberto Fujimori lo transfirió al Ministerio de Agricultura, luego al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano; y en 1997 termina por disolverlo.

⁷² La CVR estableció que las víctimas del conflicto fueron aproximadamente 69280, de ellas se hizo una lista de 9000 personas víctimas de desaparición forzada. El perfil de las víctimas podría resumirse de la siguiente forma: i) 80% eran hombres; ii) 66% tenían entre 20 a 49 años de edad; iii) el 68% era analfabeto o tenía educación primaria incompleta; iv) 75% era quechuahablante u otra lengua nativa; v) 56% se dedicaba a actividades agropecuarias. De este modo, puede colegirse que el conflicto se desarrolló de manera especial en las zonas rurales, y que la mayor parte de víctimas eran indígenas quechuahablantes. Recién a partir de 1990 el conflicto llegó a Lima, antes se centró en el departamento de Ayacucho (1980 - 1984) y se expandió luego a Junín, Huancavelica, Moquegua, Cusco y Puno (1985 - 1992), todos ellos con una importante presencia indígena.

crímenes constituyen el 21% y fueron perpetrados tanto por Sendero Luminoso como por las fuerzas armadas, en el afán de crear un vacío de poder y representatividad rural (CVR:2003:169), el cual impidió la transmisión de las demandas de los pobladores de estas zonas hacia los niveles más próximos al gobierno central⁷³.

La violencia política abarca los gobiernos de Fernando Belaúnde, Alan García Pérez y el de Alberto Fujimori. En este contexto, García avanzó con la promulgación de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656) y la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal (Ley 24657), que luego sería complementada con la 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 (Ley 26505), promulgada en el gobierno de Fujimori. Del período de Fujimori se destaca la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la inclusión en la Constitución Política de 1993 del reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural, y de algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas como el de educación bilingüe o el ejercicio de la justicia comunal, medidas que más allá de tener un fin promotor y protector de los derechos indígenas, responderían al interés del gobierno de obtener la aprobación de la comunidad internacional para legitimarse en el poder. En la práctica este reconocimiento no significó la implementación de políticas públicas necesarias para el goce de sus derechos y mucho menos para que la noción de ciudadano se conjugue con su identidad cultural (Ballón: 2006: 64-65).

Durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua (noviembre de 2000 a julio de 2001) destaca la aprobación del Plan de Acción para Asuntos Prioritarios elaborado por la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas⁷⁴, en el cual se establecen las siguientes áreas prioritarias de acción dirigidas a la población nativa: 1. Garantizar los derechos de propiedad de la tierra y de la seguridad jurídica; 2. Ampliar la educación intercultural bilingüe a todos los niveles educativos; 3. Construir un sistema intercultural de salud y ampliar su cobertura; 4. Construir condiciones de paz y seguridad para las comunidades pertenecientes a la selva central; 5. Asegurar su participación en el manejo y en los beneficios de las áreas protegidas, 6. garantizar su acceso, uso y participación de los beneficios derivados del aprovechamiento sostenible de los recursos

⁷³ De ahí se puede explicar la diferencia entre el desarrollo de la organización indígena entre la selva y la sierra peruana; esta última fue el sector más golpeado por Sendero Luminoso y por las Fuerzas Armadas. Las únicas formas de organización que se fomentaron en aquella época fueron los Comités de Autodefensa, cuyo principal fin era luchar contra el terrorismo, es decir, no existía ningún tipo de discurso reivindicativo de derechos ni menos de identidad étnica.

⁷⁴ Documento aprobado el 30 de junio de 2001 y publicado en la Separata Especial del Diario Oficial "El Peruano", el 24 de julio de 2001.

naturales de su entorno; 7. Proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; y; 8. Respetar y proteger sus conocimientos colectivos.

Estas líneas de actuación fueron asumidas y desarrolladas durante el período de Alejandro Toledo (2001-2006), quien al iniciar su mandato impulsó la firma de la Declaración de Machu Picchu⁷⁵ que tenía entre sus fines la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y la formación de una alianza entre los países firmantes para luchar contra la pobreza. En este documento, los representantes de los países andinos se comprometieron además a crear, en el marco institucional de la Comunidad Andina de Naciones, una mesa de trabajo para fomentar la integración económica, social y política de los pueblos indígenas a los Estados.

Posteriormente, en marzo del 2002, Toledo convocó a las diferentes fuerzas políticas y sectores de la sociedad civil a suscribir el Acuerdo Nacional. Este esfuerzo devino en la aprobación de 31 Políticas de Estado que fueron agrupadas en cuatro objetivos: i) Democracia y Estado de Derecho; ii) Equidad y Justicia Social; iii) Competitividad del país; y, iv) Estado eficiente, transparente y descentralizado. Entre las políticas de Estado que podrían relacionarse al tema abordado se encuentran: La afirmación de la identidad nacional (Tercera Política); la institucionalización del diálogo y concertación (Cuarta Política) y la promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación (Décimo Primera política); que en resumen tienen como objetivo la consolidación de una nación peruana integrada con respeto a sus valores, a su patrimonio milenario y a su diversidad étnica y cultural, la cual será alcanzado mediante la promoción y protección de los derechos de los integrantes de las comunidades étnicas discriminadas, así como con la institucionalización de mecanismos de diálogo y concertación.

El “Informe de Seguimiento del Acuerdo Nacional 2006-2008” señala que el Estado peruano está realizando esfuerzos para cumplir con la institucionalización del diálogo y la concertación, así como la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, señala la existencia de algunas iniciativas a nivel regional de promover espacios de diálogo, todavía insuficientes porque no han podido mitigar los conflictos sociales⁷⁶; sin embargo, no cabe duda que la conformación de este Acuerdo fue una medida positiva para el país, porque llamaba a la concertación y colaboración de diversos actores políticos, sociales y económicos, y además porque coadyuvó a establecer una agenda con

⁷⁵ Firmado por los presidentes de la Comunidad Andina de Naciones el 29 de julio de 2001 en la ceremonia simbólica de asunción de mando de Alejandro Toledo realizada en el Cusco.

⁷⁶ Acuerdo Nacional. Informe de Seguimiento 2006-2008. Objetivo I: Democracia y Estado de Derecho. Primera Edición. Noviembre de 2009. Pág. 27. Disponible en: <http://www.acuerdonacional.pe/seguimiento.html>.

lineamientos de actuación para los próximos gobiernos, todo ello necesario para la consolidación de la democracia participativa después de años de dictadura fujimorista.

Como parte del desarrollo del Plan de Acción del 2001 se creó en el 2004 una Comisión Multisectorial de Salud Indígena y Amazónica⁷⁷ encargada de elaborar un Plan Integral de Salud aplicado a los pueblos indígenas, esta medida fue posteriormente complementada con la creación de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas⁷⁸ y del Centro Nacional de Salud Intercultural, como órgano responsable.

En el sector educativo, el gobierno aprobó la Ley de Educación Bilingüe Intercultural, Ley 27818. Asimismo, por primera vez, se reconoció a nivel legal la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, mediante la Ley 28736; lo que es un avance importante, pero no dejó de ser criticada por las organizaciones indígenas como la FENAMAD y la AIDSESEP alegando, entre otras razones, que no reconoce los derechos territoriales ancestrales, que crea un proceso administrativo engorroso para obtener la categoría de pueblo indígena en aislamiento o de contacto inicial; y, por último, que excluye a las organizaciones indígenas del proceso de reconocimiento oficial para las reservas territoriales y para los pueblos que pretendan conseguir tal categoría⁷⁹.

Con el objeto de contar con un organismo de carácter autónomo que se encargue de la temática indígena se creó la CONAPA⁸⁰ que tenía entre sus funciones la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y la elaboración de políticas públicas con perspectiva intercultural (ODA:2006:55). Esta institución no tuvo los resultados esperados y terminó siendo reemplazada por el INDEPA⁸¹ (Pajuelo:2005:127-132); que hasta la fecha tiene entre sus funciones la formulación y aprobación de la política, programas y proyectos de alcance nacional para el desarrollo integral de los pueblos indígenas; la coordinación con los gobiernos regionales de las acciones pertinentes a la diversidad biológica y a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas o el estudio de sus usos y costumbres como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal. En la actualidad, el INDEPA

⁷⁷ Esta Comisión fue creada por la Resolución Ministerial 192-2004/MINSA

⁷⁸ Estrategia creada por la Resolución Ministerial N° 771-2004/MINSA que establece las Estrategias Sanitarias Nacionales del Ministerio de Salud peruano.

⁷⁹ Estas observaciones pueden verificarse en: <http://www.servindi.org/actualidad/1746/1746> (consultado el 10 de abril de 2010)

⁸⁰ Creado por Decreto Supremo N° 111-2001-PCM publicado en el diario El Peruano El 5 de octubre de 2001.

⁸¹ El INDEPA fue creado por Ley N° 28495 y su reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 065-2005-PCM

ha perdido su autonomía, desde el 2008 está adscrito al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social⁸².

6.2. Lineamientos de actuación del actual gobierno en relación al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas

El proceso de desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas estuvo acompañado por la implementación del modelo neoliberal⁸³ que desde principios de la década de los noventa, provocó grandes cambios en las estructuras sociales y económicas del Perú. Una de las medidas más resaltantes fue la apertura comercial que debido a la flexibilización legal y administrativa fomentó el ingreso de empresas transnacionales, en su mayoría dedicadas a actividades extractivas, configurando de este modo un escenario singular, en que los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y el Estado ocupan determinadas posiciones, al parecer estas dos últimas más cercanas una con otra; lo cual constituye el nuevo contexto para que los pueblos indígenas exijan el reconocimiento de sus derechos. Esta afirmación no sería tan difícil de demostrar si tomamos como referencia los artículos publicados por el presidente Alan García en “El Comercio”, diario de mayor circulación del país.

Las columnas que publicó García entre octubre de 2007 a marzo de 2008 demuestran la línea de actuación del actual gobierno que, en resumen, tiene por objetivo fomentar la inversión privada, aunque afecte los derechos de los pueblos indígenas. Nos detendremos en las dos primeras publicaciones, porque tienen mayor incidencia para nuestro estudio:

- a) **“El Síndrome del perro del hortelano”⁸⁴**: El título es explicado por el Presidente, sostiene que el Perú cuenta con muchos recursos que no son aprovechados porque existen “los perros del hortelano”, aquellos que impiden al gobierno fomentar su

⁸² El INDEPA nació como un organismo público descentralizado de carácter multisectorial y se le otorgó rango ministerial, con autonomía funcional, técnica, económica, financiera, administrativa y presupuestal (artículo 3 de la Ley 28495), no obstante, a partir del 2008, por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES se le adscribió al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, quitándole autonomía.

⁸³ A principios de la década del noventa, el Perú era prácticamente ingobernable, estaba sumido en la violencia terrorista, la economía pasaba por la peor crisis de su historia, los partidos políticos estaban venidos a menos y consecuentemente había un vacío de liderazgo y representatividad. En este contexto surgió el outsider Alberto Fujimori que se esforzó en aplicar al Perú las recetas neoliberales, pese a que en su campaña presidencial prometió no hacerlo; sin embargo, los resultados inmediatos de sus medidas, influyeron directamente en su aceptación popular y consecuente permanencia en el poder. Un interesante estudio de este período es realizado por Mercedes García Montero en “La década de Fujimori: Ascenso, mantenimiento y caída de un líder antipolítico”.

⁸⁴ Artículo publicado el 28 de octubre de 2007. Disponible en: http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2007-10-28/el_sindrome_del_perro_del_hort.html

explotación, según él, por ideologías pasadas o por ambiciones personales o de grupo. Por ejemplo, señala que para evitar la explotación del petróleo, los perros del hortelano “han creado la figura del nativo selvático “no conectado”; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser explotadas (...)”. La finalidad del artículo es mostrar a la opinión pública la orientación del gobierno de promover la inversión privada, porque – argumenta- a través de ella ingresará mayor capital y se generarán miles de puestos de trabajo. Para ello es necesaria la privatización de las tierras comunales, tanto de la Amazonía como los de la sierra, estas últimas para impulsar la inversión minera; García señala que:

“(...) existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tienen 200 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil y las otras son propiedad ociosa (...) [esperan] a que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improproductivas para ellos, si serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador”.

De este modo, en su opinión “el perro del hortelano” se vale de la demagogia y del engaño para sostener que las tierras comunales no pueden tocarse porque son “objetos sagrados”, obstaculizando así la inversión. Concluye este artículo invocando dejar de lado la filosofía del perro del hortelano y poner valor a los recursos no utilizados e imitar exitosas experiencias de otros países desarrollados (todos sin presencia de población indígena). Como respuesta a este artículo, el 13 de noviembre de 2007, la AIDSESEP envió una carta al Presidente de la República manifestando textualmente:

“A nosotros los indígenas nos resulta difícil entender las alegorías o figuras literarias de los discursos, particularmente de los políticos profesionales, que viven de la demagogia y no se les conoce historia laboral productiva. Por esta razón hemos demorado algunos días para entender lo que realmente quiso decir el ciudadano Alan García, que nos pidió voto para representarnos y ahora nos trata como perros”⁸⁵.

- b) **“Receta para acabar con el perro del hortelano”⁸⁶**: El presidente García publicó este segundo artículo con el fin de responder a algunas reacciones expresadas luego de su primera publicación, aclarar algunos puntos sueltos y señalar las medidas que se debían tomar para acabar con “el perro del hortelano”. Entre ellas destaca: Abrir a la producción y al trabajo las áreas sin uso que tiene el Perú, entiéndase tierras comunales de la selva y sierra; para lograrlo, el presidente sostiene la necesidad de dejar atrás los prejuicios ideológicos y de modificar las normas vigentes que establecen el procedimiento de disposición de las tierras comunales, específicamente la Ley 26505; de lo contrario se “condena[ría] a los comuneros de la sierra al nivel de ciudadanos de segunda clase y sin iniciativa”. Esta receta fue cumplida el 19 de mayo de 2008 con la

⁸⁵ Texto tomado de los Anexos del Informe en Minoría sobre los Sucesos de Bagua.

⁸⁶ Artículo publicado el 25 de noviembre de 2007. Disponible en: http://elcomercio.pe/edicionimpresa/Html/2007-11-25/receta_para_acabar_con_el_perro.html

promulgación del decreto legislativo 1015, que derogó los artículos 10 y 11 de la Ley N° 26505, que se encargaba de regular los votos necesarios para disponer de los territorios comunales.

Era de suponer que los juicios de valor expresados por el Presidente calaron en la opinión de los pueblos indígenas quienes se sintieron directamente aludidos; tal es así que en el Informe en mayoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua, se mencionan estos artículos como antecedentes del conflicto:

“Estos artículos fueron interpretados por los indígenas como ofensivos a su identidad cultural y como una advertencia que sus territorios entrarían a la dinámica económica nacional como zonas de actividades extractivas o mono cultivos. (...) Estos artículos no fueron bien recibidos por los pueblos indígenas, que se sintieron aludidos y ofendidos.”⁸⁷

De hecho, con estos artículos el Presidente fue preparando a la opinión pública, en especial la de los pueblos indígenas, sobre las medidas que su gobierno iba a realizar para implementar el TLC con Estados Unidos⁸⁸. Su pedido de facultades legislativas al Congreso de la República se efectuó a menos de un mes de la segunda publicación, en diciembre de 2007. Pero no fue solo el contexto de aprobación de una legislación que tenía como finalidad la implementación del TLC con Estados Unidos lo que puede explicar la orientación ideológica del gobierno, sino también el desconocimiento y desvalorización sobre “lo indígena”; porque los consideraba incapaces de tener opinión propia, proclives a una presunta manipulación de los intelectuales de izquierda. Al respecto, el Informe en Minoría sobre los sucesos de Bagua, elaborado por los representantes de las organizaciones indígenas ante la Comisión Especial para investigar los sucesos de Bagua señaló:

“Los artículos [publicados por el presidente] muestran también que ese mismo punto de vista no solo desconocía y subestimaba la valoración indígena sobre sus lazos comunales y sus vínculos con sus territorios, sino que, con evidente

⁸⁷ Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua. “Para que nunca más vuelva a suceder”. Presentado el 30 de diciembre de 2009. Pág. 28. Versión electrónica disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2009/Diciembre/29-12-09-D.htm>. (Consultado el 21 de abril de 2010)

⁸⁸ Los decretos referidos son: D.L.994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola; D.L.995, que modifica la Ley de Relanzamiento del Banco Agropecuario; D.L.1015, que unifica los procedimientos administrativos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con los de la costa para mejorar su producción comercial y su competitividad agropecuaria; D.L.1020, que promueve los productos agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito; D.L.1060, que regula el Sistema Nacional de Innovación Agraria; D.L.1064, que establece una régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario; D.L.1080, que modifica la Ley General de Semillas; D.L.1081, que crea el sistema nacional de recursos hídricos; D.L.1083, que promueve el aprovechamiento y la conservación de los recursos hídricos; D.L.1089, que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales; y 1090, que aprueba la ley forestal y de fauna silvestre). La Ley de recursos hídricos, N° 29338 (marzo, 2009), derogó los decretos legislativos N°S 1081 y 1083.

intolerancia, negaba incluso alguna racionalidad o discernimiento a la oposición indígena frente al despojo. Ello prefiguró la actitud del gobierno frente a la protesta indígena.”⁸⁹

Lo cierto es que con estas publicaciones el Presidente se apartaba de lo establecido pocos años atrás en el Acuerdo Nacional, es decir la construcción y el fortalecimiento de un Estado de Derecho que respete la diversidad étnica y cultural; la lógica de la política económica asumida no era congruente con lo acordado, por ello según algunos analistas, el Ejecutivo utilizó el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos como excusa para sustentar su pedido de facultades legislativas, porque su verdadera intención era retomar la reforma neoliberal iniciada en 1991 por el entonces ministro de economía Carlos Boloña y que quedó incompleta por la abrupta salida del poder de Alberto Fujimori⁹⁰.

De este modo, podría afirmarse que el Poder Ejecutivo excedió sin ningún temor las materias que le fueron otorgadas por el Congreso, ya que buena parte de estas leyes no se relacionan a la implementación del TLC – de ahí que en los considerandos de los decretos se obvió consignar la relación o vínculo que guardan con el Tratado - en otras palabras, estas normas se encargaron de temas ajenos al TLC, suponiendo además una reforma de la organización del Estado peruano (Eguiguren:2008:23). En tal contexto se pueden explicar dos posiciones con dos visiones de desarrollo diferentes, mientras uno entiende que el crecimiento del Perú se hará en torno a la inversión privada de las empresas extractivas de recursos naturales que en su mayor parte se encuentran en territorios de las comunidades campesinas y nativas y pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial, los otros buscan ejercer y hacer respetar sus derechos, especialmente de carácter territorial. Los resultados son la imposición de legislación inconsulta e inconstitucional, el crecimiento de la conflictividad en base a la intolerancia y al ataque frontal a lo que desde el gobierno peruano se ha denominado “el perro del hortelano”, es decir, personas que están defendiendo su existencia y el reconocimiento de sus derechos.

VII. Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta en el Perú. La respuesta del Estado Peruano post conflicto de Bagua.

Los hechos ocurridos en Bagua (Región Amazonas) en junio del 2009 no pueden ser explicados solamente por la promulgación de leyes sin consulta previa, afirmarlo sería tener una visión sesgada de la realidad; lo cierto es que detrás existen otras razones

⁸⁹ Informe en Minoría de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua. Presentado el 16 de abril de 2010. Pág. 31. Versión Electrónica disponible en: <http://informebagua-enminoria.blogspot.com/> (Consultado el 21 de abril de 2010)

⁹⁰ Campodónico, Humberto. “Se ha completado la Reforma Incompleta”. Publicado el 27 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.cristaldemira.com/>

históricas, sociales y económicas que se han desatendido. Una de ellas, es el problema de la pobreza en la Región Amazonas que se extiende al resto de la Amazonía del Perú, donde el sector predominante es la agricultura. El Informe de Pobreza del INEI de 2009 establece algunos datos importantes para nuestro estudio: i) 13 departamentos registraron tasas de pobreza superiores al promedio nacional (34,8%), los cuales son: Huancavelica (77,2%), Apurímac (70,3%), Huánuco (64,5%), Ayacucho (62,6%), Puno (60,8%), Amazonas (59,8%), Loreto (56,0%), Cajamarca (56,0%), Pasco (55,4%), Cusco (51,1%), San Martín (44,1%), Piura (39,6%) y La Libertad (38,9%); ii) El nivel de pobreza en la selva del 2009 se incrementó respecto al 2008 de 40,9% a 46,0%.

Ahora bien, sobre esta situación de pobreza y atraso de los pobladores de estas zonas, especialmente indígenas de la selva, se implementa la “receta del perro del hortelano” plasmada en el boom petrolero que desde 2003 está siendo impulsado por el gobierno peruano, e incrementado a partir del 2005. Alexander Surrallès señala que en el 2009 habían 48 lotes activos en la Amazonía peruana que tienen como titulares a empresas multinacionales, esto significaría en términos comparativos al resto de los países de la cuenca amazónica, que el 70% de las superficies dadas en concesión para iniciar actividades de exploración y/o explotación petrolera se encuentran en territorio peruano (Surrallès:2009:34-35); le seguirían Brasil (13%)⁹¹, Ecuador (10%), Bolivia (6%)⁹² y Colombia (2%)⁹³. Igualmente preocupante es la situación de las 21 áreas naturales protegidas en la cuenca amazónica, porque sobre ellas se han superpuesto bloques petroleros, afectando el ecosistema y a las comunidades nativas que las habitan. Según Campodónico, Ecuador y Perú son los países en los que la superposición sobre las áreas protegidas es mayor, juntas hacen 18 casos, 86% del total de la cuenca (Campodónico:2008).

El escenario es contradictorio, mientras que desde el gobierno central se promueve la inversión privada para actividades petroleras en la Amazonía (en medio de denuncias de corrupción de altos funcionarios en los procesos de licitación de lotes); los pueblos indígenas tienen que aceptar la presencia de los agentes transnacionales y afrontar diversos impactos que en más de una oportunidad han generado daños ambientales, improductividad de sus tierras y hasta desplazamientos forzosos; lo cual es visto con

⁹¹ EL 95% de la producción petrolera brasileña proviene del Atlántico

⁹² En el caso Boliviano, la mayor parte de producción de gas proviene de Tarija y el Petróleo de Santa Cruz, ambos no forman parte de la Cuenca Amazónica.

⁹³ CAMPODÓNICO, Humberto. “Amazonía y explotación petrolera”. Publicado en La República el 25 de agosto de 2008.

preocupación por los pobladores indígenas, así lo expresa un representante Awajun Wampis de la Región Amazonas:

“El problema es que hay un interés bien fuerte, hay acercamientos que está haciendo el gobierno peruano con las transnacionales, con la minera y la petrolera, Alan García no nos quiere escuchar, primero nos dijo que somos ciudadanos de segunda categoría, que somos los perros del hortelano, somos como una piedra en el zapato.”⁹⁴

Pero la extracción del petróleo no es lo único que se está impulsando. En el Perú la actividad minera data de siglos atrás y es en realidad la principal fuente de divisas para la economía peruana⁹⁵; según un informe presentado por el Instituto de Ingenieros de Minas sobre el aporte económico del sector minero en la economía peruana para el 2008, el crecimiento del PBI-minero fue de 7.27%, con una participación del 60% (US\$ 18,657 millones) en el ingreso de divisas de la totalidad de exportaciones, con lo cual se consolidaría la dinámica de los últimos 15 años.

No obstante estos avances económicos, la fórmula se repite: sean comunidades campesinas o nativas, el gobierno peruano otorga concesiones petroleras, mineras o madereras, sin hacer la consulta previa respectiva. En algunos casos se han realizado talleres y audiencias con características meramente informativas, que han resultado insuficientes. Lo sucedido en Bagua nos invita a reflexionar sobre los mecanismos de diálogo previstos en el Perú. Por esta razón, después de junio de 2009 diversos estamentos del Estado han coincidido en la necesidad de atender las demandas de los pueblos indígenas e incluirlas en la agenda pública; este trabajo se está haciendo con mayor esfuerzo sobre la elaboración de una ley marco de consulta previa. A continuación se hará un recuento de todo este proceso.

7.1. El camino recorrido hacia la ley de consulta previa

La única propuesta clara del Ejecutivo para atender los requerimientos de los pueblos indígenas antes de iniciada la movilización amazónica es la aprobación del DS N° 027-2007-PCM de marzo del 2007, mediante el cual se define la política nacional sobre los pueblos andinos, amazónicos, afroperuanos y asiáticoperuanos⁹⁶ y que es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del gobierno. En resumen, está orientada a

⁹⁴ Entrevista realizada al líder indígena de la etnia Awajun Wampis, Eslly Yampis del Distrito de Nieva, provincia de Condorcanqui, Región de Amazonas. Entrevista realizada en mayo de 2010.

⁹⁵ Según datos proporcionados en setiembre de 2009 por el ex Ministro de Economía y Finanzas, el promedio del crecimiento del PBI del Perú (6,8%) entre el 2002 y el 2008 es el más alto de América Latina

⁹⁶ No se entiende por qué el gobierno decidió incluir a los “pueblos asiáticoperuanos”, ya que tienen un proceso histórico diferente al de la población indígena, su presencia en el Perú es posterior al inicio de la república; y no se encuentran en una situación de exclusión y vulnerabilidad.

coadyuvar la implementación de políticas públicas, programas y proyectos de alcance nacional, así como la coordinación entre los sectores regionales y locales para el desarrollo integral de estos pueblos, sin dejar de lado el asesoramiento y capacitación técnica. Al parecer esta iniciativa no tuvo los efectos esperados o las funciones de supervisión y seguimiento del cumplimiento fueron insuficientes, porque al año siguiente se inició la movilización de los pueblos indígenas amazónicos, que entre sus pedidos exigían el ingreso de sus demandas a la agenda pública.

Durante los meses de agosto del 2008 y junio del 2009, en el que surgen las primeras protestas contra los decretos legislativos referidos, el Estado promovió algunas medidas de acercamiento a los pueblos indígenas, por lo visto también insuficientes porque no consiguieron menguar el rechazo hacia el gobierno y el desencadenamiento de la violencia en la protesta. Entre estas medidas tenemos la creación de la Mesa de Diálogo Permanente entre el Estado y los Pueblos Indígenas Amazónicos (DS 002-2009-MIMDES del 23 de marzo de 2009) y de la Comisión Multisectorial que abordará la problemática de los Pueblos Amazónicos (DS 031-2009-PCM del 20 de mayo de 2009).

La Mesa de Diálogo con carácter de “Comisión Multisectorial” dependería del MIMDES y solo tomaría en cuenta a la CONAP y no a la AIDSESEP; esta Mesa se originó con el compromiso asumido por el Ministro de Ambiente en una reunión con las representaciones amazónicas en setiembre del 2008; a fin de seguir permanentemente el cumplimiento de las obligaciones del gobierno a garantizar, promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas; además de servir como un espacio de consulta y mecanismo para conseguir acuerdos. Meses después la PCM creó otra Comisión Multisectorial encargada de abordar la problemática de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, que solo contaba con la participación del AIDSESEP; con casi los mismos fines de la Mesa de Diálogo, pero dependiente de la PCM. Es decir, en un par de meses, el gobierno había creado dos comisiones multisectoriales de atención a los pueblos indígenas amazónicos, dividiendo a su representación y desintegrando su accionar, orientando de este modo, sus propuestas a diferentes organismos estatales: La CONAP con el MIMDES y la AIDSESEP con la PCM⁹⁷.

A los pocos días de lo acontecido en Bagua, el gobierno decidió reformular su estrategia y formar un “Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos”. Esta vez ya no se excluía a organización alguna, ni se orientaba solo a

⁹⁷ Las organizaciones de los pueblos indígenas en la Amazonía peruana están agrupadas en otras dos grandes: la Confederación de Nacionalidades de la Amazonía Peruana (CONAP) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Amazonía Peruana (AIDSESEP).

atender los reclamos coyunturales de las poblaciones indígenas – entiéndase la derogatoria de los decretos legislativos inconsultos – sino también a formular un Plan Integral de Desarrollo Sostenible para estos pueblos que abarque sus problemas en la educación, salud o formalización de tierras en un plazo no mayor de ciento veinte días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la resolución que la creó⁹⁸.

La primera medida de este Grupo fue solicitar al Ejecutivo el levantamiento del estado de emergencia en las zonas de los departamentos de Amazonas, Cajamarca, Cusco, Loreto y Ucayali, con el objeto de procurar un ambiente propicio para iniciar el diálogo con los representantes de los pobladores. Con ello, al interior de este Grupo se crearon mesas de trabajo, cada una con un comité coordinador conformado por un representante del gobierno nacional, regional y de los pueblos indígenas⁹⁹ (Sevillano:2010:34); estas Mesas estarían encargadas de la evaluación de temas específicos: Mesa 1: Diseño y composición de una comisión investigadora de los sucesos de Bagua; Mesa 2: Discusión y propuestas de solución respecto a los decretos legislativos cuestionados; Mesa 3: Sobre el Derecho a la consulta de los pueblos indígenas; y Mesa 4: Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico. A efectos del presente estudio, nos abocaremos al desarrollo de las actividades y conclusiones presentadas por la mesa 3.

El trabajo de esta Mesa se inició fomentando la capacitación de todos sus integrantes para que conozcan y comprendan los alcances del derecho a la consulta. La redacción del texto se haría en base a la propuesta legislativa N° 3370, presentada por la Defensoría en julio de 2009. Posteriormente, y a fin de enriquecer el debate, la AIDSESEP presentó su propia propuesta de ley marco (siempre considerando el Convenio 169, la Declaración y el proyecto de ley de la Defensoría) a la que luego se plegó la CONAP, quien sumó algunos lineamientos; terminando por presentar una propuesta conjunta de parte de las organizaciones indígenas recién en noviembre de 2009, la cual fue debatida dentro de la Mesa; y consensuada con la representación del Poder Ejecutivo. Algo que sí cabe destacar es que el debate de esta Ley Marco de Consulta Previa no ha contado con la participación de los representantes de los pueblos indígenas andinos; cuando se le preguntó a la representante de la CONAP en la Mesa 3, nos refirió esta razón:

⁹⁸ Este Grupo Nacional fue constituido por la Resolución Suprema 117-2009-PCM del 11 de junio de 2009, fue modificada posteriormente por la Resolución Suprema 211-2009-PCM del 25 de agosto; en esta última se incluyen como nuevos miembros a representantes de los gobiernos regionales que cuentan con comunidades nativas; se crea una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio de Agricultura y se precisa que el gasto que demande la elaboración del referido Plan será asumido por la cartera de Agricultura.

⁹⁹ A excepción de la Mesa 3, que contaba con 2 representantes de los pueblos indígenas, AIDSESEP y CONAP.

*“Ellos tienen otra realidad, por ejemplo ellos no tienen su territorio, ellos tienen sus parcelas que ellos llaman, en cambio nosotros tenemos nuestros territorios, yo no sé pues, por eso en este trabajo, no han venido”*¹⁰⁰

Al respecto, precisamos aclarar algunos puntos. La formación del Grupo Nacional fue una respuesta estatal frente a los acontecimientos de Bagua, era un modo de contrarrestar el impacto negativo que estos hechos habían generado en la opinión pública nacional e internacional y en la gobernabilidad del país¹⁰¹. Los invitados a la conformación de este Grupo Nacional fueron los principales actores de esta movilización, es decir, las organizaciones de la Amazonía, no hubo una presencia destacada de la población andina en las manifestaciones ni en las comunicaciones efectuadas con el gobierno; por ello, entendemos que se les excluyó. No obstante, posteriormente el gobierno pudo incluir su participación en la mesa, al ser la consulta uno de los puntos más importantes y de interés para todos los pueblos indígenas peruanos; omisión que se trató de corregir en el debate que se dio en la CPAAAAE.

El texto consensuado fue aprobado por la Mesa 3 en noviembre de 2009 y remitido al Congreso de la República para su debate en la CPAAAAE y a la de Constitución y Reglamento¹⁰². En el caso de la CPAAAAE, desde marzo el Ministro de Agricultura, los representantes de la CONAP, de la AIDSESEP, la Defensora del Pueblo, el Ministro de Ambiente, los representantes de la OIT y los presidentes de la Confederación Nacional Agraria y de la CONACAMI se han presentado para exponer los alcances de la ley de consulta y sustentar el texto consensuado. El 5 de mayo último, la CPAAAAE aprobó el dictamen sustitutorio favorable de la Ley de Consulta Previa. Por su parte la Comisión de Constitución empezó el debate del pre-dictamen de esta ley a mediados del mes de abril; el texto sustitutorio fue aprobado el 18 de mayo. El 19 de mayo pasó a discutirse en el Pleno del Congreso, fecha en que se aprobó la Ley, remitiéndose al Presidente de la República quien tiene 15 días útiles para su promulgarla.

¹⁰⁰ Zaida Ríos, representante de la CONAP en la Mesa 3. Entrevista realizada en diciembre de 2009.

¹⁰¹ Ver: “Encuesta revela que violencia en la selva debilita al régimen” del diario “El Comercio” del 21 de junio de 2009; se refiere al sondeo de opinión elaborado por Ipsos Apoyo, los resultados demuestran que el 84% desaprueba el desempeño de presidente durante la crisis; que el 57% de la población responsabiliza al jefe de Estado y un 39% a la ministra del Interior por las muertes en Bagua; y que la aprobación presidencial ha bajado nueve puntos, con respecto al mes anterior (de 30% a 21%). Otra referencia de este descenso de aceptación a la gestión presidencial podría encontrarse en los resultados de junio del 2009 de la encuestadora pública CPI, se concluye que el 73.9% de la población desaprobaba su gestión; frente a un 21.2% que la aprobaba.

¹⁰² El texto Consensuado de la Mesa N° 3 “sobre el Derecho de Consulta” está disponible en: http://www.minag.gob.pe/download/pdf/especiales/pueblos_amazonicos/gruponac-coorddesarrollo-pueblosamazonicos.pdf. 56p.

El debate en el Pleno¹⁰³ se realizó de modo especial sobre el artículo 3 del dictamen aprobatorio de la Comisión de Constitución y Reglamento¹⁰⁴, comisión principal dictaminadora, cuyo texto es como sigue:

“Artículo 3.- La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de los derechos colectivos.

*La consulta no otorga a los pueblos indígenas u originarios derecho a veto.”*¹⁰⁵

Los dos puntos controvertidos estuvieron relacionados a la incorporación del consentimiento y a la eliminación del último párrafo que negaba el derecho a veto a los pueblos indígenas. El texto final fue aprobado recogiendo estas observaciones, en el sentido que se colocó el término “consentimiento” y se eliminó la referencia al derecho de veto sosteniendo que así se le daba mayor valor a los acuerdos y al consentimiento otorgado por la población. En el Cuadro N° 7 sistematizamos comparativamente el texto consensuado de la Mesa N° 3 del Grupo Nacional y el aprobado en el Pleno, lo que nos permitirá apreciar y hacer un breve comentario sobre cuánto se recogió del trabajo de meses realizado entre el Ejecutivo y la representación indígena. Aunque esta autógrafa de ley esté aún pendiente de promulgación, al menos podrá otorgarnos algunas luces sobre su futura aplicabilidad.

Cuadro N° 7
Aspectos recogidos en la Ley de consulta

Disposición	Texto Consensuado de la Mesa N° 3 del Grupo de Coordinación Nacional	Texto aprobado en el Congreso de la República
Objeto	Medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente	Medidas Legislativas o administrativas, así como planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que les afecten directamente
Finalidad	El acuerdo o consentimiento de los PI a través del diálogo intercultural	El acuerdo o consentimiento de los PI a través del diálogo intercultural
Derecho a Veto	Se señala que el derecho a la consulta no otorga a las poblaciones derecho a veto.	No se hace referencia al derecho a veto.

¹⁰³ Congreso de la República del Perú. Diario de Debates. Sesión Plenaria 19 de mayo de 2010.

¹⁰⁴ El texto del dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento se encuentra disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

¹⁰⁵ El artículo 3 fue controversial también en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento. El texto completo fue aprobado por unanimidad, salvo el referido que fue aprobado por mayoría.

Principios	Legalidad, Libertad, Representatividad, Inclusividad, Igualdad de Oportunidades y Recursos, Interculturalidad, Buena fe, Transparencia, flexibilidad, Accesibilidad, Igualdad y no discriminación, jerarquía, protección efectiva, legitimidad, participación, Imparcialidad, Procedimiento apropiado.	Oportunidad, Interculturalidad, Buena fe, Flexibilidad, Plazo razonable, Ausencia de coacción o condicionamiento e Información oportuna.
Sujetos	Son los PI u originarios afectados por la medida legislativa o administrativa	Son los PI u originarios afectados por la medida legislativa o administrativa o proyecto
Medio para ejercer	Instituciones u organizaciones elegidas de acuerdo a sus y costumbres	Instituciones u organizaciones elegidas de acuerdo a sus y costumbres
Criterios de identificación indígena	Objetivos (territorio común, estilos de vida, vínculos espirituales e históricos con el territorio, sistemas normativos propios) y subjetivos (consciencia de pertenecer a un colectivo distinto)	Objetivos (descendencia directa, usos y costumbres, modo de vida) y subjetivos (consciencia de pertenecer a un grupo étnico)
Etapas mínimas del proceso	No se establecen en estricto etapas, se señala que mediante Reglamento o las normas especiales pueden establecerse procedimientos especiales de consulta con el objetivo de adecuar culturalmente el ejercicio del derecho o en función del tipo de complejidad de las medidas a ser consultadas.	a) Identificación de las medidas objeto de consulta b) Identificación de los PI a ser consultados c) Publicidad de la medida legislativa d) Información sobre la medida e) Evaluación interna de las organizaciones sobre la medida f) Proceso de diálogo entre representante del Estado y de los PI g) Decisión
Competente	La entidad estatal que emitirá la medida	La entidad estatal que emitirá la medida
Funciones Órgano Técnico Especializado (INDEPA)	a) Supervisar el proceso de consulta y el cumplimiento de acuerdos a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación. b) Brindar asistencia técnica y capacitación c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas. d) Emitir opinión sobre la calificación del ámbito de la consulta y determinación de los PI. e) Asesorar en la definición del ámbito y en las características de la consulta a la entidad responsable y a los PI f) Resolver en última instancia administrativa las peticiones o reclamos de los PI g) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los PI y organizaciones representativas h) Recibir la propuesta del Plan de Consulta de la Entidad Responsable de ejecutar la Consulta g) Registrar los resultados de las consultas h) Mantener y actualizar el registro de los facilitadores e intérpretes	a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación. b) Brindar asistencia técnica y capacitación c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas c) Emitir opinión sobre el ámbito de la consulta d) Determinación de los consultados e) Asesorar en la definición del ámbito y en las características de la consulta a la entidad responsable y a los PI g) Registrar los resultados de las consultas h) Mantener y actualizar el registro de los facilitadores e intérpretes i) Otros que contemple la ley o el reglamento

Base de datos Oficial de PI	Se crea una base de datos de los Pueblos Indígenas u Originarios y sus instituciones representativas que estará a cargo de un Organismo Técnico Especializado en materia indígena	Se crea una base de datos de los Pueblos Indígenas u Originarios y sus instituciones representativas a cargo del INDEPA
-----------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

7.2. Encuentros y desencuentros

Como se mencionó, a partir del Cuadro N° 7 se harán comentarios sobre las coincidencias entre ambos textos, así como algunos cambios que se advierten con el análisis. A partir de ahora el texto consensuado en la Mesa N° 3 del Grupo Nacional se reemplazará con TCM3 y la autógrafa de la ley de consulta se llamará ALC.

- Ambas propuestas coinciden en señalar que la consulta será aplicable sobre cualquier medida administrativa o legislativa, así como sobre los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas, lo que constituye un avance.
- Con relación al derecho a veto, cabe aclarar que existió un consenso entre los miembros de la Mesa al señalar que la consulta no otorga a los pueblos indígenas tal derecho. Esta propuesta fue recogida tal y como estaba en los dictámenes de ambas comisiones; sin embargo, en el debate del Pleno se decidió, por diversos motivos, prescindir de colocarlo en el texto final. Unos afirmaban que incluirlo significaría colocar en indefensión a los pueblos indígenas frente al Estado porque este finalmente sería quien tendría la decisión final y podría imponer la medida o proyecto; otros sostenían que se restaría importancia al acuerdo o consentimiento que son la finalidad de la consulta. Finalmente se decidió excluir el último párrafo del artículo 3 que mencionaba el derecho a veto.
- La ALC no dedica un artículo con definiciones, lo que sí está previsto en el TCM3, que hace un esfuerzo por entregarnos diversas definiciones consensuadas de los pueblos indígenas, del derecho a la consulta, de la afectación directa, de la entidad responsable de realizar la consulta y de los representantes e instituciones indígenas. Respecto a los criterios de identificación, se debe señalar que la autógrafa señala que la multiplicidad de términos con que se ha venido nombrando a los pueblos indígenas u originarios (comunidades campesinas o nativas, por ejemplo) serán englobadas en el concepto de pueblo indígena.

- La ALC recoge los lineamientos del TCM3, estableciendo criterios subjetivos y objetivos para identificar de los pueblos indígenas.
- La ALC prescindió de algunos principios que fueron consensuados en el TCM3 y que se previó debían regir el proceso de consulta: legalidad, inclusividad, representatividad, igualdad de oportunidades y recursos; recoge los principios de oportunidad, buena fe, flexibilidad, libertad (ausencia de coacción o condicionamiento) y transparencia.
- La ALC hace un deslinde entre el derecho de consulta y el de participación ciudadana. Con ello entonces se aclara que toda la legislación aprobada hasta la fecha en tema minero, energético, hidrocarburífero y ambiental está referida a un tipo de participación ciudadana, pero no se trata de un proceso de consulta previa en estricto.
- En los dos documentos se confiere a la entidad responsable llevar adelante la consulta con dos obligaciones sumamente importantes: i) Determinar Las medidas que serán objeto de consulta e ii) Identificar a los pueblos indígenas a los cuales se deben consultar. En el supuesto que la entidad no lo hiciese, el artículo 9 de la LAC, en concordancia con el artículo 4.3 del TCM3 reconoce la facultad de los pueblos indígenas de solicitar el inicio de un proceso de consulta, así como ser incluidos en procesos ya iniciados; sin embargo, la entidad será la encargada de evaluar la procedencia del petitorio. Si éste lo negara, la LAC reconoce a los pueblos indígenas la posibilidad de acudir a la vía administrativa o judicial, al agotarse aquella.
- Sobre las etapas de realización de la consulta, debemos indicar que el TCM3 no las define, solo menciona que el reglamento de la ley u otras normas especiales se encargarán de establecerlas; contrario al LAC que inclusive las desarrolla. En el Cuadro N°7 se pueden advertir siete etapas.
- Una de las propuestas del TCM3 era conformar un Organismo Técnico Especializado en materia indígena, con personería propia y funciones específicas. No obstante esto no fue tomado en el Dictamen de la Comisión de Constitución y por lo tanto tampoco en la ALC, que optó por otorgar tal calidad al INDEPA atribuyéndole funciones adicionales.
- Respecto a las funciones otorgadas al Órgano Técnico Especializado, debemos referir que la representación indígena observó que estas no deberían limitarse al proceso en sí, sino al cumplimiento de los acuerdos que resulten de los procesos de

consulta. Esta fue la única función que no se incluyó en el dictamen de Constitución y menos en la autógrafa.

- Algo que llama la atención y que ha sido objeto de algunas observaciones en los últimos días es lo establecido en el primer párrafo del artículo 15, el cual señala que *“la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad competente”*; es decir, quien tendría la decisión final es la entidad encargada de llevar a cabo la consulta en el supuesto que no se llegue a un acuerdo o consentimiento.
- Al ser obligatorios, se establece que los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles vía administrativa y judicial.

Aunque esta Ley de Consulta Previa obvió incluir aspectos importantes que sí estaban en el texto consensuado como los desplazamientos de las poblaciones indígenas o la indemnización por los daños que pueda ocasionarles determinada inversión, no cabe duda que su aprobación significa un paso histórico para la inclusión de los pueblos indígenas en la definición de la agenda del Estado.



VIII. Conclusiones

- A lo largo del trabajo se han podido determinar que las leyes y reglamentos vigentes aprobados durante los últimos quince años en el Perú, y que están siendo aplicados como “procesos de consulta a los pueblos indígenas” por el gobierno no cumplen adecuadamente con los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, porque no son instrumentos dirigidos en estricto a los pueblos indígenas, es decir, estos reglamentos no hacen ninguna precisión respecto a cuestiones étnicas y culturales. Asimismo, sus procedimientos no están previstos para regir en la fase de otorgamiento de las concesiones a empresas que pretenden explotar recursos ubicados en territorios indígenas, ni prevén las indemnizaciones ante eventuales daños medioambientales o para posibles desplazamientos de la población indígena.
- Las normas vigentes en el Perú relacionadas a la “consulta previa” tratan a ésta como una forma de participación ciudadana y se sustentan principalmente en el derecho a acceder a la información pública, en especial en lo referente a las industrias extractivas y a asuntos de protección medioambiental. Esta práctica ha excluido otros aspectos también importantes, la Defensoría del Pueblo señaló en su observación al dictamen elaborado por la CPAAAAEA que la consulta no solo debe estar limitada a cuestiones relacionadas a la defensa del territorio, a los recursos naturales que se encuentran en él y al medio ambiente; la consulta es más, debe abarcar todos los aspectos que puedan afectar a los pueblos indígenas.
- En el estudio nos percatamos que durante los últimos quince años se han aprobado y derogado normas de manera expresa y tácita, lo cual genera mayor confusión, no solo en cuanto a la determinación de la competencia para llevarlas a cabo, sino por los mecanismos y materias que a primera vista parecen repetitivas. A esto se suman las prácticas de los organismos encargados de realizar estas consultas, que reducen su proceso a un rol meramente informativo (como talleres o audiencias públicas), sin que exista un procedimiento de diálogo continuo que permita facilitar la recepción de aportes y propuestas de la comunidad que formen luego parte de la decisión final.
- El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas se constituye en uno de reciente reconocimiento internacional, lo que hace que sus reclamos en el interior de los países sea también una novedad, pero esto no significa que tal derecho no haya existido antes. Este es el motivo por el cual el Convenio 169

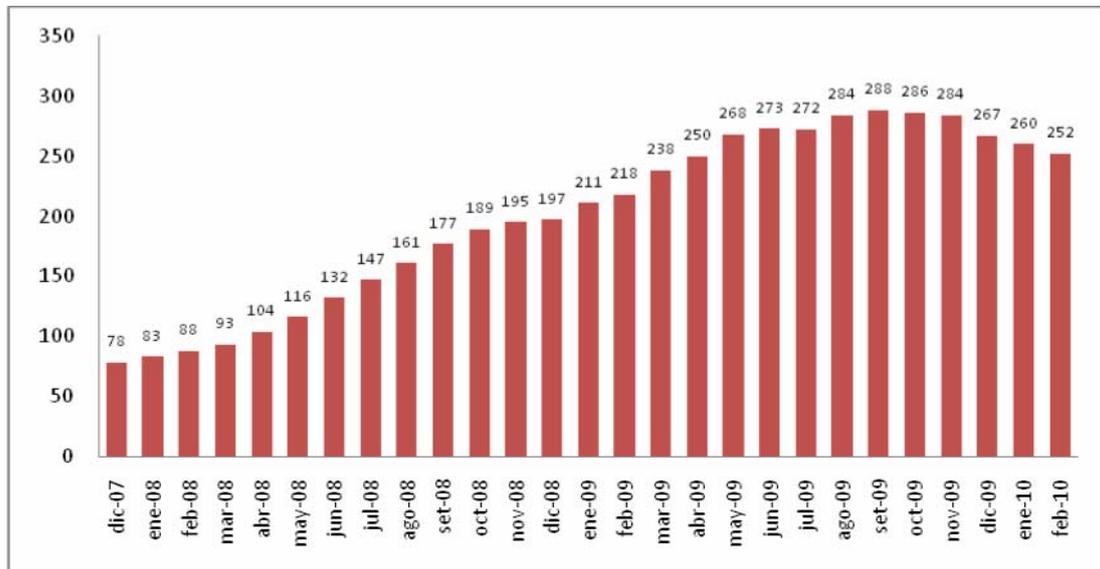
de la OIT es considerado como un documento histórico reivindicativo para los pueblos indígenas, ya que por la primera vez se les permitía participar en sus destinos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos de un mismo Estado. Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la consulta previa es una realidad, fijar los mecanismos para su aplicación no parece una tarea fácil. En el estudio se ha tomado nota de los lineamientos que ha preparado el Relator de las Naciones Unidas y la comisión de expertos de la aplicación del convenio de la OIT, los cuales dan algunas luces para su implementación en el Perú. Cabe señalar que estos organismos no han desarrollado mecanismos, solo lineamientos, en el entendido que, según el Convenio 169, los mecanismos deben observar los usos y costumbres de cada pueblo indígena.

- Los mecanismos de consulta previa tampoco son desarrollados en el texto aprobado por el Pleno del Congreso de la República, se ha decidido dejar al libre albedrío de cada entidad responsable de llevar adelante el proceso de consulta para fijar cuáles deben serlos. No se debe olvidar que uno de los lineamientos propuestos por los organismos internacionales establece que el diseño y la estrategia de este proceso deben observar los usos y costumbres de cada pueblo indígena; por lo tanto, queda claro que la aplicación de ley será un gran reto para todos los actores, especialmente para la entidad estatal encargada de la consulta.
- El carácter vinculante fue uno de los temas centrales de discusión tanto en la Mesa N° 3 del Grupo Nacional como dentro de cada Comisión dictaminadora del Congreso de la República; el Pleno también lo discutió y decidió retirar la frase en la cual establecía que la consulta no implicaba otorgar el derecho de veto a los pueblos indígenas, evitando pronunciarse explícitamente sobre el tema, es decir, no reconoce el derecho a veto pero tampoco lo niega. Entonces ¿Qué podría esperarse cuando no se llegue a un acuerdo o a un consentimiento?, en otro artículo, que al parecer no fue tomado en cuenta en el debate se señala que “la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente”, lo que significa que el texto aprobado continúa sin reconocer el derecho a veto, porque será la administración quien tome la decisión final.
- Señala además que si los pueblos indígenas están disconformes con la decisión final de la entidad podrán recurrir administrativa o judicialmente, lo que nos lleva a otro problema que es la accesibilidad a la justicia y a determinar qué tan legitimados se encuentran los organismos públicos ante ellos o si por el contrario, esto va a ser fuente de nuevos conflictos sociales.

- Sin embargo, pese a algunos desaciertos que ahora se manifiestan sobre el texto aprobado en el Pleno del Congreso, no cabe duda que la elaboración de una ley de consulta previa se constituye en un primer intento de adecuación de la legislación peruana al Convenio 169 de la OIT, vigente por quince años y que hasta la fecha no se había iniciado el trabajo de implementación en el Perú, lo cual es relevante no solo para la experiencia peruana sino para la latinoamericana, hay que recordar que unos cuantos países han reconocido el derecho a la consulta previa en sus Constituciones, pero en ningún caso ha sido implementada de manera adecuada. De este modo, el Perú se colocaría a la vanguardia convirtiéndose en un precedente para los demás países de la región.
- Tuvo que ocurrir una tragedia como la de Bagua, para que se permitiera a los pueblos indígenas ingresar sus demandas a la agenda pública de manera prioritaria, se puede afirmar que al menos en la Mesa 3 existió un esfuerzo de concertación, loable después de pasar por un momento sumamente crítico que afectó a todo el país. Esto nos hace pensar que a pesar de todas las diferencias y de la desconfianza que había en ambas partes, aún se pueden generar espacios de diálogo que beneficien a todos. Esperemos que la ley de consulta previa que está pendiente de ser promulgada por el presidente de la república, sea el primer paso para incluir de modo efectivo a los pueblos indígenas, su importancia es indudable, pero hay otras cuestiones que en la práctica se deben resolver, como el fortalecimiento de las capacidades de dirigentes indígenas para mantener el diálogo en estos procesos, la sincera disposición de los intervinientes para cumplir con los acuerdos; o el compromiso estatal de fortalecer los mecanismos previstos para la consulta, por contar algunos de los desafíos.

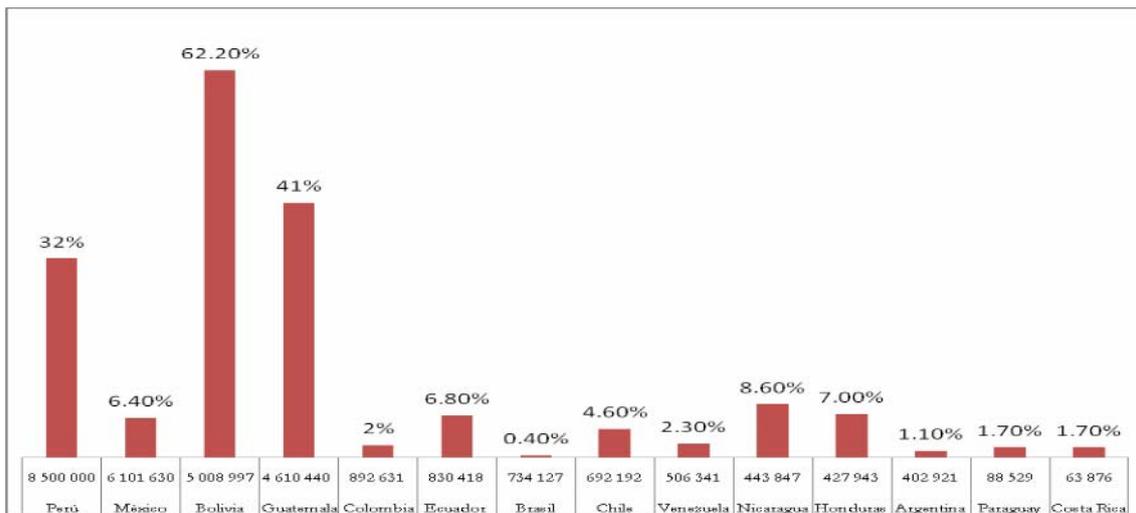
IX. Gráficos

Gráfico N° 1
Conflictos sociales registrados mes a mes en el Perú
(2007-2010)



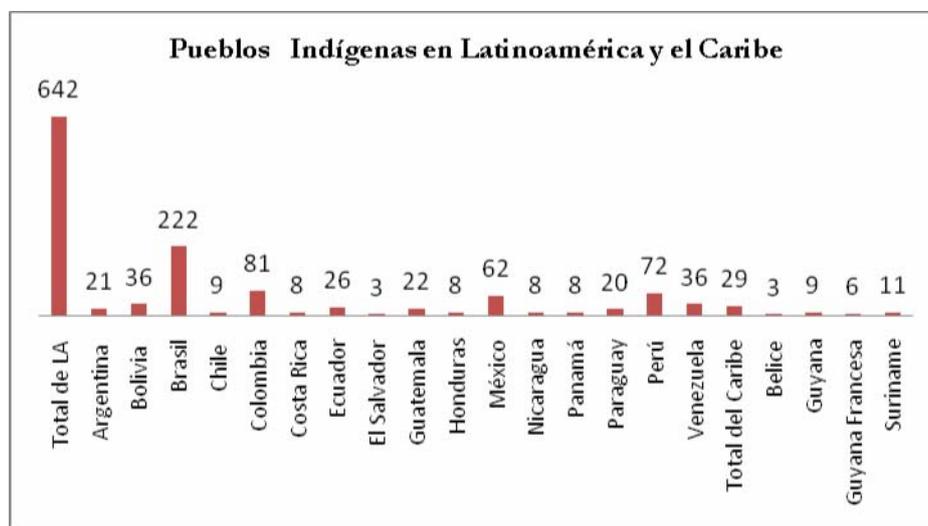
Fuente: Elaboración propia, con datos de Defensoría del Pueblo del Perú

Gráfico N° 2
Población indígena en Latinoamérica



Fuente: Panorama Social de América Latina. CEPAL 2006

Gráfico N° 3
Cantidad de Pueblos Indígenas por países y territorios latinoamericanos



Fuente: *Panorama Social de América Latina*. CEPAL 2006

X. Referencias

- ACUERDO NACIONAL. Acuerdo Nacional... para trabajar de Acuerdo. Tercera Edición, 2002. Disponible en: www.acuerdonacional.pe
- ----- Informe de Seguimiento 2006-2008. Objetivo I: Democracia y Estado de Derecho. 1ª Ed. Lima, 2009. Disponible en: <http://www.acuerdonacional.pe/seguimiento.html>.
- ----- Informe de Seguimiento del Acuerdo Nacional 2008-2009. 1ª Ed. Lima, 2010. Disponible en: <http://www.acuerdonacional.pe>
- ALAYZA MONCLOA, Alejandra. No pero sí. Comunidades y minería. 1ª ed. Lima: CooperAcción, 2007. 166 p.
- ANAYA, James. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Naciones Unidas. 2009. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/238-principios-internacionales-para-la-consulta-a-los-pueblos-indigenas.html> (Fecha de consulta: 24 de enero de 2010)
- ----- Informe A/HRC/12/34, Presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su 12 período de sesiones. 2009. Disponible en: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf
- APARICIO, Marco. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. En BERRAON, Mikel. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, 2006. pp. 399-421.
- AROCA, Javier. El Caso Tintaya. En: SCURRAH, Martín (Ed.). Defendiendo Derechos y Promoviendo Cambios. 1ª ed. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Oxfam América, 2008. pp. 137-197
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Ciudadanía, Identidad y configuración política. En: Memoria del Encuentro Internacional de Pueblos Indígenas. Agendas públicas en una visión intercultural. Exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina. Lima: Asociación Paz y Esperanza. 2006. pp. 83-88.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Manual del derecho de los pueblos indígenas. 1ª ed. Lima: Defensoría del Pueblo, 2004. 91 p.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena. Washington D.C., 2006. 55 p.
- BANCO MUNDIAL. Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas: Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas. Vol. I.

- 2003, 99p. Disponible en: http://bankwatch.ecn.cz/eir/reports/vol1_sp.pdf. (Fecha de consulta: 15/02/2010).
- ----- Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial. Disponible en: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/09/11/000310607_20060911093703/Rendered/PDF/300010SPANISH01stries0mgmt0response.pdf 2004, 62 p. (Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010)
 - BARIÉ, Cletus Gregor. Inclusión y exclusión constitucional de los pueblos indígenas en América Latina: Hacia dónde vamos?. En: Memoria del Encuentro Internacional de Pueblos Indígenas. Agendas públicas en una visión intercultural. Exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina. Lima: Asociación Paz y Esperanza. 2006. pp. 21-28.
 - BRYSK, Alison. Globalización y pueblos indígenas. El rol de la sociedad civil internacional en el siglo XXI. En: Pueblos Indígenas en América Latina. Política y Derechos. MARTÍ, Salvador (Coord.). Ediciones Bellaterra- Barcelona: CIDOB. 2007. pp. 16-29.
 - CAMPODÓNICO, Humberto. Amazonía y explotación petrolera. Diario La República, publicado el 25/08/2008. Disponible en: <http://www.larepublica.pe> (Fecha de consulta: 10/05/2010)
 - CAMPODÓNICO, Humberto. La Economía de la Región Amazonas. Diario La República, publicado el 08/06/2009. Disponible en: <http://www.larepublica.pe> (Fecha de consulta: 10/05/2010)
 - CAMPODÓNICO, Humberto. Campodónico, Humberto. Se ha completado la Reforma Incompleta, publicado el 27/06/2008. Disponible en: <http://www.cristaldemira.com/> (Fecha de consulta: 25/04/2010)
 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf. (Fecha de consulta: 9/11/2009)
 - ----- Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. (Fecha de consulta: 12/11/2009)
 - COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Pueblos Indígenas en América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI. En: Panorama Social de América Latina.

2006. pp. 40-46. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Sintesis_Lanzamiento.pdf
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Observación Individual. Guatemala: CEACR 2005/76ª Sesión. 1989 .
 - ----- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Observación, Perú: CEACR/ 79ª reunión. 2009.
 - ----- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Observación, Perú: CEACR/80ª Reunión. 2010. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm> (Fecha de consulta: 20/01/2010)
 - COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. Rostros y perfiles de la violencia. En: Informe Final de la Comisión de la Verdad. Capítulo III Lima. 2003. Disponible en: <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (Fecha de consulta: 3/12/2009)
 - COMISIÓN ESPECIAL MULTISECTORIAL PARA LAS COMUNIDADES NETIVAS. Plan de Acción para Asuntos Prioritarios. Diario Oficial El Peruano, publicado en la Separata Especial el 24/07/2001. 90 p.
 - CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de Debates. Sesión Plenaria del 19 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe> (Fecha de consulta: 24/05/2010)
 - DÁVALOS, Pablo. Movimientos indígenas en América Latina: El derecho a la palabra. En: Pueblos Indígenas, Estado y Democracia. Buenos Aires: CLACSO. 2005. pp 17-33.
 - DE ECHAVE, José. Estudio en Inglés de Tambogrande. Diario La República, publicado el 07/02/2009. Disponible en: www.larepublica.pe (Fecha de consulta: 25/03/ 2010)
 - DE LOS RÍOS LÓPEZ, Francisco Javier. La participación ciudadana. Respuesta democrática a la sociedad global. Algunas consideraciones, reflexiones y técnicas sobre jornadas participativas. En: Participación y Democracia. MORA SOLANO, Carlos. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2006. 245 p.
 - DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 001 -2006/ASPMA-MA. Lima. 2006. Disponible en: www.defensoria.gob.pe (Fecha de consulta: 9/11/2009)
 - ----- Informe Extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. Lima. 2007. 99 p. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe> (Fecha de consulta: 9/10/2009)

- ----- Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI. El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Lima. 2006. 40 p. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe> (Fecha de consulta: 19/10/2009)
- ----- Informe sobre la actuación de la Defensoría del Pueblo en los acontecimientos en Bagua y Utcubamba. Lima. 2010. 40 p. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe> (Fecha de consulta: 6/11/2010)
- ----- 71° Reporte de Conflictos Sociales. Lima. 2010. 50 p. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2010/reporte-71.pdf> (Fecha de consulta: 15/02/2010)
- DURAND, Francisco. Ay, Tintaya. Lima. La República, publicado el 12/02/2008. Disponible en: <http://www.larepublica.pe>. (Fecha de consulta: 10/02/2010)
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Informe jurídico: Análisis de la conformidad constitucional del uso de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157. Lima: Oxfam América. 2008. 97 p. Disponible en: <http://www.redge.org.pe>
- FOLCHER, Fernando D. Ciudadanía y multiculturalidad: Algunas reflexiones sobre la obra de Will Kymlicka. Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Antropología Social. (2000, Mar del Plata Argentina).
- FONT I LLOVET, Tomás. Algunas funciones de la idea de participación. En: La Participación. Barcelona: Estudi General de Lleida. 1985. 300 p.
- FONTAINE, Guillaume. El precio del Petróleo. Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad en la Región Amazónica. 1ª ed. Quito: FLACSO. 2003. 530 p.
- GARCÍA MONTERO, Mercedes. La década de Fujimori: Ascenso, mantenimiento y caída de un líder antipolítico. *Revista América Latina Hoy* (28). Salamanca: 2001, pp 49-86.
- GARCÍA PÉREZ, Alan. El síndrome del perro del hortelano. Diario El Comercio, publicado el 28/10/2007. Disponible en: http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2007-10-28/el_sindrome_del_perro_del_hortelano.html (fecha de consulta: 20/10/2009)
- ----- Receta para acabar con el perro de hortelano. Diario El Comercio, publicado el 25/11/2007. Disponible en: http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2007-11-25/receta_para_acabar_con_el_perro.html (fecha de consulta: 20/10/2009)
- GARCÍA, Fernando y SANDOVAL, Mares. Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informa alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Quito: FLACSO. 2007. 85 p.

- GREFA, Camilo. La consulta previa hidrocarburífera de los bloques 20 y 29, y su incidencia socio-organizativa en las comunidades Kichuas en la provincia de Napo; Quito: FLACSO. 2005. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/dspace/handle/10469/267>
- GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Directrices sobre Asuntos de los Pueblos Indígenas. 2008. 58 p. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6451.pdf> (Fecha de consulta: el 21/01/2010)
- GRUPO NACIONAL DE COORDINACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS. Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua: Para que nunca más vuelva a suceder. 2009. Pág. 28. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2009/Diciembre/29-12-09-D.htm>. (Fecha de consulta: el 21/04/2010)
- ----- Documento Final de la Mesa 3 “Sobre el Derecho a la Consulta”. Lima. 2010. 56 p.
- ----- Informe en Minoría de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua. 2010. Disponible en: <http://informebagua-enminoria.blogspot.com/> (Consultado el 21/04/2010)
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. II Censo en Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana. Lima. 2008. Disponible en: <http://www1.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0001/introduc.htm>
- ----- Informe Técnico Evolución de la Pobreza al 2009. 2010. Lima. Disponible en: http://censos.inei.gob.pe/DocumentosPublicos/Pobreza/2009/Infome_Pobreza.pdf
- INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. Minería Peruana: Contribución al Desarrollo Económico y Social. Lima. 2010. 122 p. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/LIBROS/CONTRIBUCION2.pdf> (Fecha de consulta: 27/01/2010)
- KARP DE TOLEDO, Eliane. Revalorización de los Pueblos Indígenas Peruanos. En: Los pueblos indígenas en la agenda democrática. Estudios de caso de Bolivia, Ecuador, México y Perú. 1ª ed. Lima: Corporación Andina de Fomento. 2006. pp. 223-311
- KEMPF, Isabel. Resistiendo al viento: Avances y retrocesos en el desarrollo de los derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas. En: Pueblos Indígenas en América Latina. Política y Derechos. Salvador Martí i Puig (Coord.). Ediciones Bellaterra-Barcelona: CIDOB. 2007. pp. 161-176

- KUPPE, René... El Convenio OIT 169 y tres países europeos. Una contribución sobre derechos humanos en Europa. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Crítica Jurídica* (14). México. 204 pp. junio 1995
- LA REPÚBLICA. La Voz del Pueblo, publicado el 04/06/2002. Disponible en: www.larepublica.pe
- ----- . Manhattan dice adiós a Tambogrande. Empresa no califica financieramente para proyecto minero. Agricultores ganan “guerra del limón”, publicado el 12/12/2003) Disponible en: www.larepublica.pe
- ----- . Xstrata anuncia la compra de Tintaya a BHP Billinton. Publicado el 05/05/2006. Disponible en: www.larepublica.pe
- MARTÍ I PUIG, Salvador. Emergencia de lo indígena en la arena política: ¿un efecto no deseado en la gobernanza?. En: *Pueblos Indígenas en América Latina. Política y Derechos*. Ediciones Bellaterra- Barcelona: CIDOB. 2007. pp. 121-142
- MARTÍNEZ COBO, José. Estudio del Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8. setiembre 1983. 36° Período de Sesiones.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. La difícil construcción de una política intercultural”. En: *Pueblos Indígenas en América Latina. Política y Derechos*. MARTÍ, Salvador (Coord.). Ediciones Bellaterra- Barcelona: CIDOB. 2007. pp. 305-318
- MARZO, Pier Paolo. El reconocimiento estatal de las rondas campesinas: normas y jurisprudencia. 2ª ed. Lima: Defensoría del Pueblo. 2006. 141 p.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Guía de las inversiones de la gran y mediana minería, guías mineras. Lima. 2008. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/GUIAS/GUIAS/IM2008.pdf> (Fecha de consulta: 23/02/2010)
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Memoria del Estado peruano presentada ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Lima. 2008. Disponible en: http://www.servindi.org/pdf/Memoria_del_Estado_peruano_Convenio169_%20octubre_2008.pdf (Fecha de consulta: 25/11/2009)
- OBSERVATORIO DESC AMAZONÍA (ODA). Informe Situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Amazonía peruana. Lima. 2006.93 p.

- OLIET PALÁ, Alberto. Participación política y representación de intereses. En: Participación y representación políticas en las sociedades Multiculturales. VALENCIA SÁIZ, Ángel. Málaga: Universidad de Málaga/Debates. 1998. 238 p.
- OLIVA MARTÍNEZ, Daniel. Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional. En: Caminos había el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo. APARICIO WILHELMI, Marco. Girona: Universitat de Girona. 2005. pp 47-100.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la Práctica. 1ª ed. Lima. 2009. 201 p. Disponible en: http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf (Fecha de Consulta: 03/10/2009)
- ----- . Aplicación del Convenio N° 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. 1ª ed. Lima. 2009. 201 p. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf (Fecha de Consulta: 11/10/2009)
- PAJUELO TEVES, Ramón. Política, etnicidad y organizaciones indígenas: Lecciones de la experiencia peruana. En: Participación Política, Democracia y Movimientos Indígenas en los Andes. La Paz: Fundación PIEB; Embajada de Francia; IFEA. Instituto Francés de Estudios Andinos. 2005. pp 109-134.
- PANFICHI, Aldo (Ed.) Participación ciudadana en el Perú: Disputas, confluencias y tensiones. 1ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. 286 p.
- PAREDES, Maritza (2008). El Caso de Tambogrande. En: SCURRAH, Martín (Ed.). Defendiendo Derechos y Promoviendo Cambios. 1ª ed. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Oxfam América, 2008. pp. 269-300.
- PEÑA JUMPA, Antonio. Justicia comunal en los andes del Perú. 1ª ed. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. 389 pp.
- PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos. Justicia Indígena. Cuenca: Universidad de Cuenca. 2006. 442 p.
- POLONIO CONTRERAS, Rosa Lucía. Políticas de participación. En: Participación y Democracia. MORA SOLANO, Carlos. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2006. 245 p.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Reporte de conflictos sociales a diciembre de 2009. Lima: Secretaria de Coordinación. Disponible en: <http://sc.pcm.gob.pe/web/index.php> (Fecha de Consulta: 20/01/2010)

- ROLDÁN, Roque y TAMAYO, Ana María. *Legislación y Derechos Indígenas en el Perú*. Lima: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica y Consolidación Amazónica. 1999. 287 p.
- REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL. Lima: Programa Estratégico de Acceso de la Población a la Identidad que lleva a cabo el. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/DNPP/PpR/PPSTR/acceso_poblacion_identidad.pdf (Fecha de Consulta: 16/02/2010)
- SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario. *Informe El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú - últimos avances*. 1ª ed. Lima: Asociación Derecho Ambiente y Recursos Naturales. 2010. 53 p. Disponible en: http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/docs/Inf_cons.pdf (Fecha de Consulta: 10/04/2010)
- SURRALLÉS, Alexander. Entre el derecho y la realidad: antropología en territorios indígenas amazónicos en un futuro próximo. *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines* / 2009, 38 (1): 29-45.
- TREJO, Guillermo. Etnicidad y movilización social. Una revisión teórica con aplicaciones a la “cuarta ola” de movilizaciones indígenas en América Latina. *Política y Gobierno*. Vol VII, núm 1. México: pp. 205 -250, Primer semestre 2000
- URTEAGA, Patricia. Ponencia presentada en el Curso Internacional Constitución y Derechos Humanos, organizado por la Defensoría del Pueblo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Iquitos. 2001
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El debate sobre el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en Guatemala. *En: América Indígena*, vol. LVIII, Núm. 1-2, ene-jun. 1998. México: Instituto Nacional Indigenista-INI e Instituto Indigenista Interamericano-III OEA, 1999. Versión Electrónica disponible en: <http://www.alertanet.org/ryf-americaindigena.htm>
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos*. En: *Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. CASTRO, Milka (Ed.). Santiago de Chile: Programa Internacional de Interculturalidad y Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo. 2004.

Legislación:

- Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes” (1989)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)

- Declaración de Machu Picchu (2001)
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969)
- DL N° 20653. Ley de comunidades nativas y promoción de las regiones de la selva y ceja de selva, Lima, Perú, 9 de mayo de 1978.
- Ley N° 24656. Ley general de comunidades campesinas, Lima, Perú, 14 de abril de 1987
- Ley N° 26300. Ley de los derechos de participación y control ciudadanos, Lima, Perú, 3 de mayo de 1994.
- Ley N° 26839. Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, Lima, Perú, 16 de julio de 1997.
- Ley N° 27811. Ley que establece el régimen de protección de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, Lima, Perú, 8 de agosto de 2002.
- 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, Lima, Perú, 18 de julio de 1995.
- Ley N° 28736. Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Lima, Perú, 16 de mayo de 2006.
- Ley N° 28611. Ley General de Ambiente, Lima, Perú, 15 de octubre de 2005.
- Ley N° 28595. Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Lima, Perú, 15 de abril de 2005.
- Decreto Supremo N° 08-91-TR. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. Lima- Perú, 15 de febrero de 1991.
- Decreto Supremo. N° 04-92-TR. Reglamento del Título VII – Régimen Económico de la Ley General de Comunidades Campesinas. Lima, Perú, 25 de febrero de 1992.
- Decreto Supremo N° 027-2007-PCM. Define y establece las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del gobierno nacional, Lima, Perú, 25 de marzo de 2007.
- DS N° 008-2007-MIMDES. Reglamento de la ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial Lima, Perú, 5 de octubre de 2007.
- Decreto Supremo N° 012-2008-EM. Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de Hidrocarburos, Lima, Perú, 20 de febrero de 2008.
- Decreto Supremo N° 028-2008-EM. Reglamento de participación ciudadana del Subsector Minero, Lima, Perú, 27 de mayo de 2008.

- Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM. Reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales, Lima, Perú, 17 de enero de 2009.
- Resolución Ministerial N° 335-96-EM/SG. Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de estudios de impacto ambiental, Lima, Perú, 25 de julio de 1996.
- Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM. Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, Lima, Perú, 21 de diciembre de 2002
- Resolución Ministerial N° 192-2004/MINSA, dispone la constitución de la comisión nacional de salud indígena y amazónica del Ministerio de salud de los pueblos indígenas y amazónicos, Lima, Perú, 13 de febrero de 2004
- Resolución Ministerial N° 771-2004/MINSA, dispone la creación de la Estrategia Sanitaria Nacional de “Salud de los Pueblos Indígenas”, Lima, Perú, 2 de agosto de 2004.
- Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM/DM. Reglamento de la participación ciudadana para las actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios ambientales, Lima, Perú, 30 de diciembre de 2004.
- Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM que regula el proceso de participación ciudadana en el Subsector Mínero, 24 de junio de 2008
- Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM, lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de Hidrocarburos, Lima, Perú, 16 de diciembre de 2008.

Entrevistas:

- Elizabeth León Minaya. Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología
- Zaida Ríos Saavedra. Representante de la CONAP en la Mesa N° 3.
- Hilaria Supa Huamán. Congresista y Coordinadora del Grupo Parlamentario Indígena del Congreso de la República.
- Esly Yampis. Líder indígena de la etnia Awajun Wampis, del Distrito de Nieva, provincia de Condorcanqui, Región de Amazonas.