

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ [1]

Vladimir Pinto

Programa de Defensa de Derechos Indígenas

NOVIEMBRE 2009

I.- CUESTIONES GENERALES

1.1 Contexto social en el que se inscribe el Informe: Exitosa resistencia indígena frente al “desarrollo” extractivo

Este año 2009 será recordado como un hito determinante en la historia del movimiento indígena y del país en su conjunto. Nunca como en este último período se había generado tanta conciencia pública sobre la existencia de un Perú indígena, diverso, en el que existen pueblos originarios con fuerte identidad y capaces de movilizarse como ningún otro actor social de hoy en día. La sociedad criolla que se miraba cada vez más occidentalizada, despertó de golpe a una realidad que les es incomprensible, incluso los intelectuales más críticos hablaron de un “nuevo actor”, cuando lo único nuevo es que por fin Lima les está prestando atención.

La tragedia de Bagua ha servido para hacer más evidente lo que ya han alertado las organizaciones andinas desde hace una década, una parte del país, los indígenas y demás pobladores rurales, está asumiendo todo el costo de este modelo primario-exportador de recursos que sustenta la burbuja del crecimiento económico para unos pocos. El fenómeno de la minería en el ande se replica en la amazonía con los hidrocarburos ya presentes y con los agro-combustibles en promoción; la misma historia de imposición de actividades sin consulta, abuso de poder, vulneración de los territorios, agresión a las organizaciones, criminalización de la protesta. En uno y otro caso, andino y amazónico, la resistencia comunal es el mayor freno a este modelo.

La protesta de los amazónicos en 2008 y 2009 surgió como una necesidad imperiosa de defenderse frente a una agresión tremenda, que se pretendió definitiva. Para radicalizar el modelo de desarrollo extractivista se requería eliminar las trabas que aun hay en su camino: los derechos colectivos sobre la tierra, los poquísimos condicionantes legales en materia social y ambiental, las comunidades como realidad jurídica con las cuales interactuar. Más grave aún, se ha atacado la identidad indígena misma, como “pre-moderna”, “enemiga del desarrollo”, “lo más atrasado”, para justificar que debe desaparecerse del imaginario social cualquier forma de entender la vida, la economía y la relación con el entorno que no sea lucrativa, consumista.

El presidente de la república[2] se explayó en la necesidad de “poner en valor” todas aquellas áreas que hoy están improductivas “alquilándolas, transándolas, repartiéndolas” y así también cuestionó que en el Perú exista una identidad indígena real y una territorialidad consecuente para ellos, según su interpretación de la historia, esta identidad es meramente ideológica y sus espacios comunales, la continuidad romántica de un invento absurdo del virreinato colonial.

El gobierno pretendió eliminar la propiedad de las comunidades indígenas mediante diversas estrategias, al amparo de facultades legislativas especiales delegadas por el Congreso para implementar el TLC con los estados Unidos de Norteamérica. Se han usado mecanismos sutiles (promoción de la disolución “voluntaria”, formalización de propiedad rural o la parcelación del territorio a cambio de créditos agrarios) hasta mecanismos abiertamente arbitrarios (eliminar la negociación entre comunidades y empresas con concesiones superpuestas en sus territorios; darle mayor derecho a propietarios individuales o asociaciones de pobladores). Las normas más

agresivas han sido derogadas y hoy en día el gobierno y sus aliados priorizan una estrategia de enfriamiento del conflicto y mecanismos de persuasión mediática. [3]

Luego de vencer en esta lucha por mantener los espacios de pervivencia que expresa la propiedad comunal, los pueblos indígenas amazónicos han logrado instalar y sostener un proceso de diálogo con el Estado. Está culminando sus funciones una Mesa de Dialogo que aborda, entre otras cuestiones centrales, la implementación plena del Convenio 169-OIT y en particular del derecho a la consulta previa libre e informada. En este camino se han consolidado alianzas estratégicas entre los propios indígenas andinos y amazónicos y entre ellos y otros actores sociales. Además las organizaciones han presentado propuestas con solidez jurídica, que han marcado la pauta del debate. Pese a las posibles resistencias del gobierno, se espera que este trabajo sea recogido en lo esencial, para avanzar algo en la implementación de los derechos indígenas.

Pero en el fondo de este conflicto está la agenda que hace mucho tiempo AIDSEP, CONACAMI y CAOI han puesto en el debate. Nuestra república democrática es una ficción, porque nació y ha crecido representando a una pequeña minoría, sin construir siquiera un pacto de convivencia con lo indígena. El Perú se fundó negando la identidad a los pueblos originarios y se ha mantenido invisibilizándolos, matándolos, privándolos de su cultura y territorio. Pero no ha podido desaparecerlos y hoy no podrá consolidarse como una auténtica democracia, a menos que salde la factura pendiente, refundándose como un Estado Plurinacional.

1.2 Breve recuento de los avances sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional

En todo el mundo los pueblos indígenas han luchado en principio por pervivir, por mantener sus culturas y reivindicar sus espacios vitales. Superando el exterminio, la asimilación o la integración forzada, consolidaron un movimiento internacional que supo expresar a través de lo jurídico sus reivindicaciones políticas e históricas, insertándolas en el sistema de protección de los derechos humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea en el 2007, es la expresión más acabada de este proceso.

Esta Declaración es fruto de una suma de logros de los 25 años anteriores: la aprobación del Convenio 169-OIT, el Primer y Segundo Decenio Internacional los Pueblos Indígenas del Mundo; la creación del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas en ONU; la designación de una Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y la creación del Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones Indígenas.

Especial mención merece el Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, encargado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en 1971. Fue elaborado por un grupo de especialistas dirigidos por el ecuatoriano José Martínez Cobo y presentado entre 1981 y 1983 a la Comisión de Derechos Humanos. El “Informe Cobo” analiza las causas profundas de la discriminación secular de este segmento de la población mundial e impulsa un giro sin retorno en el debate jurídico sobre este tema. Basta resumir que el informe define a los indígenas como: *“(…) comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus*

instituciones sociales y sistemas legales”. Este documento da inicio a las discusiones sobre la Declaración aprobada 25 años después por la Asamblea de ONU.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido la primera entidad del sistema de NN.UU que incorporó, desde inicios del siglo XX, el debate y la protección de las poblaciones indígenas y tribales en el mundo[4]. La OIT fue sumando diversos Convenios y Recomendaciones vinculados con lo indígena (sobre esclavitud, trabajo rural, discriminación en el empleo, entre otros temas) y finalmente produjo un esfuerzo de codificación, un primer cuerpo normativo íntegramente destinado a proteger a los pueblos indígenas, el Convenio 107-OIT, en 1957.

Este Convenio 107-OIT, *“Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes”* respondía a un enorme vacío jurídico en el sistema internacional. Se había regulado hasta entonces la institución de la “tutela” sobre los pueblos nativos por parte de estados extranjeros, en casos de colonias o estados semicoloniales. Por entonces se alegaba que estos pueblos colonizados eran “menos desarrollados” y que los países invasores cumplían –supuestamente- un papel en promover dicho desarrollo. Incluso se habían acompañado las prerrogativas de control del estado extranjero con algunas obligaciones de respeto y garantía de ciertos derechos, expresado en un sistema de información sobre la situación de estos pueblos “tutelados” ante la ONU. Pero ¿qué hacer con aquellos pueblos originarios que vivían en situación similar dentro de los Estados independientes que los habían incorporado como parte de su población?

Es así que este Convenio 107-OIT surge influenciado por esta misma lógica de la tutela del “desarrollado” sobre el “atrasado”, pero para aplicarse en los países independientes. Expresó una visión asimiladora y paternalista sobre lo indígena, por ello los definía simplemente como “poblaciones” y asumía su condición como un estadio por superar. Con una perspectiva abiertamente “civilizatoria”, se planteó como meta asimilarlos a la cultura dominante en sus sociedades, para que obtengan los mismos derechos que el resto de la población a un mediano plazo.

Por presión de las organizaciones indígenas, que ya actuaban públicamente desde la década del 70, e influenciada sin duda por el “Informe Cobo”, la OIT inicia en 1986 un proceso de revisión del Convenio 107, que da como resultado la adopción del Convenio 169-OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Aunque es una “revisión” y se mantiene la estructura original, el Convenio 169-OIT consagra una nueva orientación normativa sobre lo indígena que puede resumirse gruesamente en torno a cuatro ideas centrales:

- Los pueblos indígenas son sujetos colectivos con derecho a existir y perdurar. Se definen por su preexistencia a los estados en que habitan, la mantención de sus instituciones y su auto identificación como indígenas.
- Los Pueblos Indígenas tienen derechos colectivos sobre los territorios que habitan o utilizan. Este derecho rebasa el concepto jurídico tradicional de propiedad como relación de dominio y disposición sobre los bienes. Cuando se habla de “territorios o tierras” sobre la que ejercen “propiedad colectiva”, estamos refiriéndonos a una relación transgeneracional e integral de estos pueblos con sus hábitats, sus espacios territoriales.
- El Convenio hace obligatoria la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas. Asimismo, establece la concertación entre Estado e Indígenas como la única vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentran estos pueblos.

- Dispone, al igual que su Convenio antecesor, una serie de medidas destinadas a enfrentar o solucionar la situación de exclusión o discriminación en que se encuentran estos pueblos en cuanto al goce efectivo de todos sus derechos (civiles, sociales, económicos, culturales).

Se aprueba entonces el primer instrumento jurídico autoaplicativo[5] que reconoce a los indígenas como “pueblos”, con los mismos atributos que cualquier otro en el mundo. Por contextos históricos diversos, se han visto privados del reconocimiento como tales y están en relación de desventaja u opresión frente a otros pueblos o segmentos[6] en sus respectivos países.

Es pues, el Convenio 169-OIT el que incorpora el consentimiento y la concertación como elementos centrales en la relación entre Estados y Pueblos Indígenas. La consulta se constituye en un elemento consustancial de este nuevo enfoque. Aunque es un derecho en sí mismo, la consulta es, fundamentalmente, el medio para materializar el conjunto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y recomendaciones (CEACR) de OIT ha señalado al respecto: *“las disposiciones sobre consulta son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”*.

II.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA Y RELACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO

2.1 Ideas Introductorias

2.1.1 Sobre la Consulta, el Consentimiento y el temido “poder de veto”

Es un argumento común de los gobiernos que la consulta a los pueblos indígenas debe constituirse en mecanismo de participación, de información, diálogo, recojo de opiniones. Empero –al final de todo el proceso- la decisión sobre adoptar o no la medida o norma consultada, se debe mantener dentro del ámbito de la soberanía del Estado.

Se justifican los oficialistas alegando que ningún grupo de la sociedad debe gozar de un “poder de veto”, del que no gozan otros sectores sociales. Por ello, no cabría la posibilidad de incorporar el resultado de la consulta como mandato obligatorio para las autoridades, sino solo como referencia a ser evaluada por los tomadores de decisión.

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

Como ha señalado Biviany Rojas, el enfoque en torno al “poder de veto” es inexacto y genera confusiones[7]. El consentimiento no debe discutirse en abstracto, pues depende de cada decisión administrativa o legislativa que se ponga en consulta. Muy bien apunta la autora, que es el derecho sustantivo discutido en cada caso, lo que determina las consecuencias jurídicas de una consulta.

Por ejemplo, en torno a una Ley General de Educación, los pueblos indígenas pueden invocar el derecho a una consulta, en la medida que esta norma los va a afectar también, como al resto de la sociedad. En este caso, la consulta previa garantiza su derecho a la participación, dentro de los parámetros interculturales que establece el Convenio 169-OIT. Cumplido el ejercicio, ya garantizada la participación, ¿podrán ellos por su sola oposición impedir que esta ley general se

apruebe?; de seguro que no. Tendrían que buscar los canales de cuestionamiento judicial o político que usaría cualquier otro grupo de ciudadanos o promover una norma específica que responda a sus particularidades.

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

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

Luego de emitida la Sentencia de Saramaka vs. Surinam, el derecho internacional ha consolidado este criterio, precisando que el consentimiento será imprescindible cuando se pretendan desarrollar proyectos o actividades que pongan en riesgo la continuidad cultural o física de un pueblo o comunidad. Así lo deja constar el respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en sus recientes observaciones sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile^[8], ha señalado:

“en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha concluido que el requisito del consentimiento es exigible en aquellos casos de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor sobre los pueblos indígenas [Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007] En este mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, en casos tales como el traslado forzoso de comunidades indígenas o el depósito de materiales peligrosos en el territorio de una comunidad (arts. 10, 29.2).

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

14.- (...) El Comité exhorta al Estado parte a que apruebe la Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas en Materia Ambiental tomando en cuenta su Recomendación general N.º 23 (párr. 4, inc. d) por la cual se insta “a los Estados partes a garantizar que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento informado.” A la luz de esta Recomendación general, el Comité exhorta al Estado parte a que consulte a las comunidades de los pueblos indígenas interesados en cada etapa del proceso y que obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales.^[9]

22. (...) El Comité exhorta al Estado parte a consultar de manera efectiva a los pueblos indígenas en todos los proyectos relacionados con sus tierras ancestrales y, a que obtenga su consentimiento informado antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales de conformidad con los estándares internacionales. El Comité señala a la atención del Estado parte su Observación General No.23 (1997) sobre los derechos de los pueblos indígenas.[\[10\]](#)

2.1.2 **¿Consulta vs Consentimiento? ¿Convenio 169-OIT vs DDPI?**

Ciertas apreciaciones superficiales se han generalizado en el debate de las organizaciones indígenas, diferenciando entre el Convenio 169-OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas en cuanto el primero promovería solo el ámbito procesal de la consulta, pero sin consecuencias concretas y que la DDPI sería la única norma enfática en establecer el consentimiento previo libre e informado como una consecuencia jurídicamente exigible de la consulta.

Esta afirmación no es exacta y puede generar una absurda subvaloración del Convenio 169-OIT; el cual es muy claro en su artículo 6.2, cuando señala que *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

Por supuesto que la DDPI incorpora expresamente el consentimiento previo, libre e informado como un elemento indisoluble de la consulta, en cuanto consecuencia jurídica general[\[11\]](#). Pero no como una negación del Convenio 169-OIT, más bien como una reafirmación o énfasis de lo ya reconocido en esta norma.

Ahora bien, dejando en claro este primer asunto (que el consentimiento si es exigible por mérito del Convenio 169-OIT y sería erróneo dejar de reivindicarlo), cabe señalar que si existe un cambio normativo central luego de aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que implica un redimensionamiento de todos los derechos colectivos, en particular del derecho a la consulta.

En la DDPI se les ha reconocido a estos pueblos el derecho a la libre determinación[\[12\]](#). En sus considerandos se utiliza como basamento jurídico de este derecho la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, todos ellos ratifican el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Este reconocimiento expreso de la libre determinación para los pueblos indígenas es –a nuestro juicio- la diferencia conceptual más significativa con relación al Convenio 169-OIT. A pesar de que se le establecen algunos límites en el artículo 46° de la propia DDPI (no podrá invocarse esta libre determinación para *“quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”*) este derecho ahora confiere nuevos fundamentos para la consulta. Además de que es un mecanismo para canalizar el ejercicio de otros derechos, la consulta es también una forma de garantizar la libre determinación de un pueblo que está administrado políticamente por una entidad –un estado- que no ha surgido de su propia organización política autónoma.

2.1.3 ¿La falta de reglamentación enerva el derecho?

No debemos perder de vista que el Convenio 169-OIT es una norma plenamente exigible, autoaplicativa y de rango constitucional; por ende, la falta de reglamentación de la consulta o de cualquier otro derecho, no es una justificación para desatenderlo ni impide a los indígenas que lo exijan. Son un contrasentido los argumentos gubernamentales justificando la ausencia de consulta cuando el mismo Estado ha omitido esta “reglamentación”.

Todo derecho requiere tres ámbitos de desarrollo: reconocimiento formal en una norma o mandato imperativo; implementación (mediante políticas, instituciones, procedimientos) y exigibilidad (mecanismos para acciones frente al incumplimiento). Podríamos resumir entonces que las normas complementarias sobre el derecho a la consulta no son “reglamentos” sin los cuales el derecho deja de ser exigible, sino desarrollos normativos que apuntan al ámbito de la implementación que exige cualquier derecho.

Sin embargo, tratándose de un derecho como la consulta a los pueblos indígenas, expresión de una relación intercultural y garantía para un diálogo sobre decisiones que afectan derechos; el ámbito de implementación, los procedimientos, devienen en algo fundamental, no accesorio. Algunos autores han señalado al respecto que la forma contiene al fondo, es decir que, las condiciones, pasos y mecanismos específicos que se aplican a cada consulta son, en definitiva, lo que determina si el derecho a la consulta se cumple o no.

Desde una perspectiva reactiva o defensiva, la ausencia de una adecuada consulta siempre podrá exigirse como causal de nulidad o suspensión de un procedimiento administrativo o legislativo donde se afecten derechos indígenas. Pero, para desarrollar el derecho con criterios preventivos y de adecuada institucionalidad, se requieren de normas que llenen algunos vacíos y establezcan condiciones imprescindibles para las consultas, siempre respetando el Convenio 169-OIT y los demás desarrollos del derecho internacional.

III.- ÁMBITOS DE LA CONSULTA

Pedro García Hierro^[13], propone una enumeración de todos los supuestos de consulta que ya se han precisado el Convenio 169-OIT y en la Declaración de Naciones Unidas.

Estos se basan en los ámbitos o situaciones específicas ya identificadas normativamente, en las cuales se pueden ver afectados los intereses indígenas y por ende son plausibles de consulta previa; pero la lista no limita el alcance general de las consultas, establecido en el artículo 6 del Convenio 169-OIT.

Así tenemos que debe procederse a una consulta previa:

- Para decidir cuáles son sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo; los pueblos indígenas deben controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (Artículo 7.1)
- Cuando se formulan, implementan y/o evalúan los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7.1)
- Con respecto a cualquier medida que busque el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación, (Artículo 7.2)

- Cuando se realizan estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener incidencia sobre los pueblos indígenas (Artículo 7.3).
- Antes de tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios donde habitan los pueblos indígenas (Artículo 7. 4)
- Antes de tomar decisiones de cualquier tipo acerca de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, cuando estos por ley pertenezcan al Estado (Artículo 15. 1)
- Para determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras que ocupan o utilizan (Artículo 15,2)
- Para consentir un traslado excepcional de sus tierras o de acordar una restitución de tierras en el caso de que el retorno no sea posible (Artículo 16.2 y 16.4)
- Cuando se discuten sus facultades en torno a la enajenación de sus tierras o de los mecanismos para transferir de otra manera sus derechos sobre estas tierras a personas ajenas a sus comunidades (Artículo 17.2)
- Para disponer programas de formación adecuados (basados en su entorno económico, sus condiciones sociales, su cultura y sus necesidades concretas) si es que los existentes no lo son (Artículo 22. 2 y 22.3) a fin de determinar la organización y el funcionamiento de estos programas.
- Para desarrollar y aplicar programas y servicios de educación a fin de que estos respondan a sus necesidades particulares (Artículo 27).

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

- Cuando se adopten medidas para asegurar que los niños indígenas reciben educación en su propio idioma y en su propia cultura (Artículo 14.3).
- Para adoptar medidas destinadas a combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia y las buenas relaciones con los demás sectores de la sociedad (Artículo 15. 2).
- Cuando se prevean medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo perjudicial (Artículo 17.2).
- Cuando se elaboren prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, especialmente en lo referido a la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan (Artículo 23).
- Al momento de establecer un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos,

comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma (Artículo 27).

- Cuando se trate de elaborar programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de pueblos indígenas afectados por actividades contaminantes (Artículo 29.3).
- Antes de considerar la utilización de tierras o territorios indígenas para actividades militares (Artículo 30.2).
- Antes de adoptar medidas para reconocer y proteger los derechos sobre su patrimonio cultural (Artículo 31.2).
- Para determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras (Artículo 32.1)
- Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Artículo 32.2).
- Cuando se planifiquen iniciativas tendientes a reforzar los vínculos de aquellos pueblos divididos por fronteras nacionales (Artículo 36.2)
- Para adoptar las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, que permitan alcanzar los fines establecidos de la propia Declaración (Artículo 38).

IV.- EL CONVENIO 169-OIT EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO[14]

4.1 Proceso de ratificación.

El Convenio 169-OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253, aprobada con fecha 26 de noviembre de 1993 y promulgada por el ejecutivo con fecha 02 de diciembre de 1993.

Paradójicamente, la suscripción de este tratado internacional se produjo durante el período fujimorista, gobierno que, en cuanto a la normativa interna, fue el más agresivo en dismantelar los derechos colectivos indígenas y en desarrollar políticas destinadas incluso a su desaparición.[15] Pero, sea por mero compromiso con la comunidad internacional o por revertir de algún modo su imagen autoritaria, lo cierto es que se ratificó el Convenio 169-OIT durante el mandato del Congreso Constituyente de 1993 y a menos de un mes de entrar en vigencia la actual Constitución. Este dato es relevante; pues el Convenio se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico durante la vigencia de la Constitución de 1979, de carácter más garantista que la actual:

Constitución de 1979 (Art.105): Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución. (subrayado nuestro)

Se estableció entonces, por mandato de un órgano constituyente, un grado de protección de los derechos indígenas que ya no debería regresionar; conforme establecen diversas Observaciones Generales del Comité DESC de la ONU, interpretando el artículo 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

4.2 Carácter del Convenio 169 en nuestro marco constitucional vigente

En el artículo 55° de nuestra vigente carta constitucional de 1993 se establece que: *los tratados celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional.* Establece también que,

siempre que versen sobre derechos humanos, deben ser aprobados previamente por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República.

En el artículo 3° de la Constitución, se crea un esquema general de protección de derechos aunque no estén expresamente incluidos en su texto, siempre que se fundamenten en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo o el estado de derecho. Esto permite que los avances doctrinarios, convencionales y jurisprudenciales relativos a los derechos humanos sean incluidos como parte del “bloque de constitucionalidad” peruano, es decir con la misma jerarquía que nuestra constitución.

Además de este articulado genérico, la Constitución presenta en su Cuarta Disposición Final y Transitoria la siguiente fórmula: *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”* (subrayado nuestro).

Concordante con ello, el Artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, expresamente señala que la jurisprudencia de fueros internacionales hace parte de este bloque de constitucionalidad: *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

En función de estas normas, y de acuerdo a criterios del Tribunal Constitucional que citamos más adelante, podemos señalar que el Convenio 169 tiene rango constitucional y orienta además la interpretación sobre el conjunto de normas constitucionales y legales relativas a pueblos indígenas en el Perú. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (“acuerdo internacional”), tendría un carácter también vinculante, pues es de obligatoria consideración para interpretar las leyes vigentes y debe implementarse progresivamente en cuanto al integro de sus mandatos.

5. EVALUACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN NORMATIVA Y EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ.

5.1 Consulta en torno a políticas públicas que afecten a los pueblos indígenas

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

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

En el Perú, no se han creado las condiciones mínimas para cumplir con este ámbito de la consulta; menos aun se han consensuado políticas públicas que afecten a los pueblos indígenas.

Desde que fueron reconocidas por la república peruana, en 1920, las comunidades indígenas adolecen de una instancia especializada orientada a analizar su situación o propender a la defensa de sus derechos. El Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) se creó recién el año 2005 como la primera institución estatal orientada a generar la participación de los pueblos indígenas y a promover políticas interculturales (Ley N° 28495). También tiene el mandato de velar por el cumplimiento de dichas políticas y supervisar que el conjunto de programas y acciones específicas del Estado se adecúen a las mismas. En el concejo directivo del INDEPA deberían participar catorce representantes estatales y nueve representantes de las organizaciones indígenas y afroperuana.

No obstante, INDEPA nunca ha funcionado en su verdadera dimensión; luego de que el Presidente Toledo lo constituyó (incluso con el nombramiento de los representantes indígenas y afroperuano en su directorio) pero nunca lo dotó de personal ni presupuesto idóneo para el cumplimiento de sus funciones, siendo completamente ignorado por los ministerios y demás autoridades. El gobierno de Alán García lo ha convertido en una institución adscrita al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES, y ha reorientado sus funciones a la labor asistencialista y de alivio a la pobreza que caracteriza a este Ministerio. Actualmente ha desaparecido su Concejo Directivo (por ende, la participación indígena) y no desarrolla ninguna de las labores rectoras establecidas en su ley de creación.

5.2 Consulta sobre medidas legislativas

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

Ninguno de los órganos estatales que detentan función legislativa en Perú (Congreso de la República, Concejos Municipales, Concejos Regionales, Gobierno Central), ha establecido procedimientos formales destinados a la consulta previa a los pueblos indígenas.

Es recién a raíz del levantamiento indígena de 2008 y 2009, que el Gobierno Central estableció una Mesa de Diálogo con la organización indígena nacional que representa a las comunidades amazónicas, AIDSEP. Esta Mesa se organizó en cuatro grupos de trabajo con funciones específicas:

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

A la fecha de presentación de este informe, el grupo encargado de analizar los sucesos de Bagua ha emitido un informe completamente sesgado a favor del gobierno, incriminando a las organizaciones indígenas y políticos opositores como autores o promotores de los sucesos de

violencia. El Informe no ha sido firmado por dos de los miembros del grupo de trabajo, entre ellos el representante de AIDSEP.

En cuanto a la elaboración de una propuesta legislativa para implementar el derecho a la consulta previa, establecido en el Convenio 169-OIT, AIDSEP y la Defensoría del Pueblo han presentado sendos documentos que comparten una estructura y algunos criterios esenciales. La diferencia central estriba en que la propuesta de la organización indígena incorpora el consentimiento como un requisito indispensable tratándose de disposición de recursos naturales en territorios indígenas. La propuesta de la defensoría del Pueblo no niega ni afirma este tema.

5.3 *Consulta sobre Decisiones Administrativas*

En torno a las decisiones de gobierno que pueden afectar los derechos de los pueblos indígenas tampoco se han desarrollado criterios o procedimientos uniformes en el ordenamiento legal peruano. No obstante, algunas disposiciones excepcionales sobre la consulta merecen tomarse en cuenta.

Por ejemplo, a efectos de la creación de Áreas Naturales Protegidas se ha avanzado significativamente. El Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (D.S 038-2001-AG, Art. 43) alude a la consulta en un sentido bastante cercano al espíritu del Convenio 169-OIT:

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

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

Cabe precisar que, a pesar de esta adecuada implementación normativa del derecho a la consulta previa y el consentimiento sobre áreas de conservación, en muchos casos no se han respetado los acuerdos a los que arriban las comunidades indígenas y el estado. Por ejemplo, en la zona más álgida del conflicto indígena del 2008 y 2009, territorio del pueblo Awajun-Wampis, se acordó la creación de un Parque Nacional^[16], cuyos límites fueron modificados para permitir concesiones mineras. Este tipo de acciones explican el rechazo generalizado y la desconfianza de la población. También en lo relativo a la utilización productiva de los conocimientos indígenas sobre la diversidad biológica se ha establecido un legislativo criterio similar al de la creación de las ANPs. Por supuesto que en este caso existe un marco normativo internacional, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que ya establece el consentimiento como parámetro obligatorio:

Ley 26839:^[17]

Artículo 23.- *Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización*

sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización (subrayado nuestro).

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

Artículo 5°.- Objetivos del régimen

Son objetivos del presente régimen: (...)

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

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

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

Estas normas demuestran que el Estado peruano ya ha interpretado el consentimiento previo y el logro de consensos como la razón de ser de los procesos de consulta establecidos en el Convenio 169-OIT. El problema es que esta interpretación no se ha generalizado a otros ámbitos del gobierno que también inciden sobre los pueblos indígenas. Por el contrario, se modifica el sentido de la consulta en función de los intereses económicos implicados en cada caso; tal y como se aprecia en el acápite posterior.

5.4 Consulta en torno al Aprovechamiento de Recursos Naturales en Territorios Indígenas

Desde inicios de la década pasada, se ha promovido en el Perú un boom minero que implicó pasar de 3 millones de hectáreas cubiertas por concesiones mineras en 1992 a 22 millones de hectáreas en el año 2009 implicando a más del 60% de las comunidades campesinas tituladas[18]. En la amazonía, desde el 2004 a la fecha hemos pasado de un 13% del bosque lotizado para actividades de hidrocarburos a una 70%, afectando principalmente a las comunidades nativas, pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y Áreas Naturales Protegidas.

Pese a que el Convenio estaba plenamente vigente desde 1994, no ha sido considerado en absoluto durante la definición de la política de promoción de los proyectos mineros y energéticos en territorios de comunidades campesinas y nativas. Tampoco se han establecido procedimientos de consulta previa en torno a cada uno de los proyectos en específico.

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

Estas normas reglamentarias no incorporan los conceptos mínimos requeridos por el Convenio 169-OIT; pues si bien permiten mayor acceso a la información sobre los proyectos mineros o petroleros, no han significado ningún desarrollo en cuanto al contenido sustantivo del derecho:

- La “consulta” se materializa solo mediante una serie de talleres informativos y audiencias públicas. El “aporte” de estos nuevos reglamentos con relación a sus antecesores, sería que los talleres informativos se realizan a lo largo de las diversas etapas del proyecto (anteriormente solo abarcaba los momentos previos y posteriores a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental - EIA).
- Las opiniones u observaciones presentadas durante estas audiencias o con posterioridad a ellas son siempre referenciales; las comunidades indígenas o sus organizaciones no tienen la posibilidad real de modificar la implementación o condiciones del proyecto mediante estas observaciones; dependen de la voluntad de las autoridades de atenderlas o no.
- Dichas observaciones y las respuestas que presenten a ellas las empresas interesadas, son resueltas por las mismas autoridades estatales que tienen como principal función institucional la promoción de las actividades mineras y de hidrocarburos.[\[19\]](#)
- Otro elemento que desnaturaliza lo que debería ser una consulta, es que estos talleres informativos se desarrollan con posterioridad a las negociaciones y acuerdos que el Estado lleva a cabo con una empresa determinada. La interpretación del Ministerio de Energía y Minas al respecto, es que la obligación establecida en el artículo 15.2 del Convenio es consultar “previo al inicio de las operaciones en los territorios indígenas”, de manera tal que, ni la negociación ni el contrato, son incluidos en el proceso de consulta, toda vez que las operaciones se inician con la presentación del EIA para la etapa de exploración.

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

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

No obstante, el gobierno peruano ha hecho caso omiso de estas recomendaciones destinadas a orientar el cumplimiento del Convenio 169-OIT; es por ello que, frente a la presentación de un informe alternativo de las organizaciones indígenas andinas y amazónicas, ha establecido el año 2009 lo siguiente:

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

VI.- CASUÍSTICA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA EN EL PERÚ.

No son muchos los fallos judiciales relativos al derecho a la consulta en el Perú; sin embargo, lentamente se empieza a generar un criterio en torno a los contenidos mínimos del derecho:

Un mandato que no constituye jurisprudencia vinculante, pero orienta decisivamente la interpretación del Convenio 169-OIT, es la Resolución de la 5ta Sala Civil de la Corte Superior de Lima[20], mediante la cual declara nula la resolución de improcedencia de demanda expedida por el 53vo Juzgado Civil de Lima, que se negaba a aceptar una Acción de Cumplimiento[21] sobre el Convenio 169-OIT.

La demanda interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana, AIDSEP, solicitaba que el Ministerio de Energía y Minas adecúe sus normas y procedimientos a lo dispuesto en el Convenio 169-OIT; considerando que este es un instrumento perfectamente incorporado a nuestro sistema jurídico y prevalente sobre la legislación infra-constitucional, toda vez que versa sobre derechos humanos.

El juez de primera instancia consideró que devenía en improcedente la Acción de Cumplimiento, al constituir la litis una “controversia compleja”. A criterio del juzgado, el Convenio 169-OIT es una norma de carácter programático y la ejecución de sus mandatos está sujeta a interpretación; por ende no cabe la vía del cumplimiento, que presupone mandatos claros y directamente exigibles a los funcionarios estatales.

La segunda instancia estableció al respecto:

“...se desprende que existe un mandato directo, claro, concreto y vigente, dirigido al Estado Peruano, a efectos de que éste procure el desarrollo legislativo correspondiente tomando en cuenta sus parámetros; por lo que en consecuencia, el proceso de cumplimiento se convierte en la garantía constitucional idónea para verificar, el cumplimiento de dicho mandato, ello, en el entendido de que el proceso de cumplimiento no puede tener como finalidad el examen sobre el cumplimiento “formal” del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo, sino, más bien, el examen sobre el cumplimiento eficaz de tal mandato, por lo que si en un caso concreto se verifica la existencia de actos de cumplimiento aparente, parcial, incompleto o imperfecto, el proceso de cumplimiento servirá para exigir a la autoridad”[\[22\]](#)

Incorporación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Sistema Peruano:

Como mencionamos anteriormente, el Código Procesal Constitucional reafirma que las sentencias de fueros internacionales hacen parte del bloque de Constitucionalidad. *Artículo 5°: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*. En ese sentido ha opinado el Tribunal Constitucional, en reiterados fallos. Como ejemplo el fundamento 22 de la STC 0047-2004-AI/TC[\[23\]](#), que señala:

“Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución – sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”.

La Sentencia de la Corte Interamericana en torno a la Comunidad de Saramaka contra el Estado de Suriname[\[24\]](#) (noviembre 2007) declaró que en el caso de proyectos de “gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio” de los pueblos indígenas, “el Estado tiene la obligación no sólo de consultar” a los pueblos interesados “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

Esta jurisprudencia es vinculante para el Perú, conforme se establece en el ya citado Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y conforme ha reconocido expresamente nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA-TC; en el proceso seguido por el Gobierno Regional de San Martín contra diversas empresas petroleras y el Ministerio de Energía y Minas, que pretenden realizar actividades de hidrocarburos en un Área de Conservación Regional:

*“(...) debe destacarse que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por lo tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades (...) Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “**tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional**”*

La referida sentencia, al incorporar el mandato de la CIDH sobre Saramaka, reafirma la validez de la consulta conforme a los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio y establece que esta deberá ser previa: *“antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural”*.

En este fallo se ha reafirmado también el carácter del Convenio 169 como norma de rango constitucional, al ser un tratado de derechos humanos; que enriquece y complementa nuestros parámetros normativos sobre los pueblos indígenas. Así, se señala que el concepto de territorios *“excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio cultural y espiritual de la tierra”*[25]. El tribunal considera que la libre determinación de los pueblos indígenas es el derecho que sustenta la obligación del Estado de consultarles sobre cualquier decisión administrativa o medida legislativa susceptible de afectarles directa o indirectamente.

La sentencia del Tribunal Constitucional incorpora un cuestionamiento de la legislación sectorial de hidrocarburos en torno a la participación ciudadana y la consulta; concluyendo que en el Decreto Supremo 012-2008-EM no se garantizan los requisitos previstos en el Convenio 169-OIT, quedando pendiente el desarrollo normativo del derecho a la consulta desde el Congreso de la República. Los criterios esgrimidos son plenamente aplicables al reglamento de similar contenido existente en torno a las actividades mineras, Decreto Supremo 028-2008-EM.

Es decir que, en virtud de esta sentencia, se podrían revisar o cuestionar judicialmente todos los procesos que se han iniciado al amparo de estas normas, dado que se habría incumplido el requisito de la consulta previa

VII. PROPUESTAS ESTATALES EN DEBATE SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA

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

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

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

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas implica un procedimiento para que ellos puedan dialogar con el Estado a través de sus instituciones representativas (...) con la finalidad que los

pueblos indígenas participen en la gestión del estado y puedan ver que éste garantiza sus propias opciones de desarrollo”.

Por su parte, la Comisión Multipartidaria ha establecido que la Consulta Previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente por: a) *Por la diversidad étnica y cultural del Perú y,* b) *Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la Consulta Previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de dialogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia.*

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

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

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

Los procesos de consultas deben efectuarse:

1 En todos los sectores y niveles del Estado.

2 En un contexto general de equidad y respeto.

3 En un marco oportuno y transparente de Dialogo Intercultural.

4 De buena fe y de manera apropiada a las circunstancias.

5 Valorando y respetando los intereses, necesidades y prioridades de los pueblos indígenas.

6 Respetando los derechos de libertad, igualdad e identidad de los pueblos indígenas.

10 Respetando los idiomas, tradiciones, usos, costumbres, valores y saberes culturales de los pueblos indígenas.

11 Respetando la representatividad, legitimidad y responsabilidad de las instituciones que representan a los pueblos indígenas.

12 Proporcionando a los pueblos indígenas, información anticipada, adecuada y veraz.

13 Considerando que los criterios de evaluación de los pueblos indígenas en principio aseguren la reflexión y toma de decisión interna, así como la participación efectiva, de acuerdo a sus propios usos y costumbres.

*Teniendo presente que la obligación del Estado de consultar alcanza a todos los sectores y niveles del Estado, es evidente que **en la actualidad en el Perú no se cumple con el proceso de la participación y consulta previa a los pueblos indígenas**, y menos desde la perspectiva del*

Convenio 169 OIT, aún cuando en los textos y/o consideraciones de algunos reglamentos¹⁰⁷ de “consulta y participación” del sector de energía y minas digan lo contrario, ya que este cumplimiento debe ser eficaz y no únicamente formal, en tanto de que esto da lugar a que el “cumplimiento” sea aparente, parcial, incompleto e imperfecto.

Puede considerarse que estas dos instancias (Defensoría del Pueblo y la Comisión Multipartidaria) representan las posiciones más avanzadas dentro del aparato estatal sobre el derecho a la consulta. No obstante, subsisten en sus propuestas elementos polémicos para las organizaciones indígenas.

Así por ejemplo, el Informe de la Comisión Multipartidaria establece que, en el referido a consultas legislativas, no puede establecerse el consentimiento previo en ningún supuesto porque ello implicaría “mandato imperativo” sobre los legisladores, contraviniendo, en su criterio, la Constitución Política^[26]. Se insertan así en la perspectiva formalista sobre el “veto” a las decisiones estatales, en lugar de profundizar una visión integral y sistemática, que respete la relación intercultural. Por su parte, la Defensoría del Pueblo concentra sus aportes en torno al proceso de consulta y sus requisitos, pero omite pronunciarse sobre los efectos y alcances de la misma.

Además de ello, el referido informe de la Comisión Multipartidaria no ha sido aprobado en el pleno del Congreso de la República y la propuesta de la Defensoría del Pueblo ha contado solo con el aval de AIDSEP (aunque con observaciones). Es decir que, pese a la urgencia y legitimidad creciente de establecer el derecho a la consulta, aparentemente el gobierno central y las fuerzas políticas del parlamento no tienen voluntad política de enfrentar este tema en su integralidad.

VIII.- CONCLUSIONES

- 1) El Convenio 169-OIT es un instrumento jurídico perfectamente incorporado al ordenamiento jurídico peruano y exigible ante las diversas instancias del mismo. Tiene rango constitucional y por ende el conjunto de nuestra legislación vigente deben adecuarse o interpretarse en función de su contenido. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y todos los demás acuerdos internacionales que suscriba el Perú son vinculantes también como instrumentos de interpretación y orientación de las normas y las acciones estatales.
- 2) El derecho a la consulta previa no se cumple en el Perú. Solo se ha reconocido como mecanismo para lograr el consentimiento o el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas en torno a la creación de áreas naturales protegidas e incluso en estos casos se ha incumplido. En torno al aprovechamiento de recursos naturales la legislación está regida por intereses extra jurídicos; la consulta en torno a actividades mineras o hidrocarburíferas se define de manera mucho más limitada, como mera información.
- 3) En lo referido a las políticas públicas, el contexto es cada vez más desalentador. La institucionalidad estatal relativa a los pueblos indígenas no se ha consolidado y –por el contrario- tiende a convertirse en una mascarada para satisfacer la formalidad y los

compromisos internacionales, pero sin ninguna voluntad de avanzar en la plasmación de derechos.

4) En Perú vivimos un momento importante en torno al desarrollo legislativo sobre el derecho a la consulta, generada por un contexto de movilización social frente a políticas directamente destinadas a reducir derechos indígenas y fomentar la disolución de sus territorios. El Congreso y la Defensoría del Pueblo han avanzado pero aun con una orientación minimalista. Se requiere una decidida voluntad política de las organizaciones indígenas y sus aliados para orientar el proceso mediante presión social y mayores aportes conceptuales.

5) Los pueblos indígenas han logrado que se les reconozca el derecho a la libre determinación. El desarrollo doctrinario y normativo del derecho a la consulta avanza de manera sostenida hacia su reconocimiento como un mecanismo destinado al logro de consensos entre el Estado y los indígenas o del consentimiento expreso de estos pueblos sobre decisiones estatales que pueden afectarlos. El sistema interamericano de derechos humanos apunta en el mismo sentido, en mérito a la sentencia de *Saramaka vs Surinam* (noviembre 2007).

[1] Informe elaborado para la Confederación Nacional del Perú de Comunidades Afectadas por la Minería - CONACAMI y la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas - CAOI.

[2] En el artículo “El Síndrome del Perro del Hortelano”, Diario El Comercio, agosto 2007.

[3] El esfuerzo del intelectual de derecha Hernando de Soto, por explicar en televisión e internet que su propiedad colectiva no tienen utilidad alguna, es la muestra más visible de esta nueva estrategia (video “El misterio del capital Indígena”). Sin embargo, la confusión y desinformación que ha demostrado sobre la amazonía, lo han convertido más bien en blanco de críticas que en instrumento de

[4] Ya en 1926, la OIT creó un grupo especializado en trabajo indígena, que décadas después presento el primer proyecto del Convenio 107.

[5] Por “autoaplicativa” se alude a una norma que no requiere de otra norma complementaria o de un acto administrativo posterior para ser exigida o reivindicada; contrario a las “heteroaplicativas” que solo entran en vigor una vez que se han desarrollado otros elementos jurídicos (reglamentos, resoluciones).

[6] En algunos documentos de OIT se habla de “sociedades dominantes”

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

[8] Informe de Seguimiento, 14 de setiembre del 2009

[9] Observaciones Finales del CERD sobre Perú (2009)

[10] Observaciones Finales del CERD sobre Chile (2009)

[11] DDPI, Art. 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

[12] **Artículo 3**, Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. **Artículo 4**, Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno

en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

[13] Documento de Trabajo, agosto 2009.

[14] Ver Pinto Vladimir “*Situación del Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo Libre e Informado a los Pueblos Indígenas en el Perú*” Artículo publicado en “La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas, Legislación y Jurisprudencia”. RAMA 2009, Quito.

[15] Como la esterilización forzada a las mujeres indígenas del ande, ampliamente denunciada por organizaciones sociales y de derechos humanos.

[16] Parque Nacional Ichigkat Muja, creado en el 2007.

[17] Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

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

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

[20] Expediente N° 13-2008 (10 de abril del 2008).

[21] La Acción de Cumplimiento es una garantía constitucional que se interpone contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o cumplir un mandato administrativo.

[22] Resolución N° 07, del 10.04.2008, Exp N° 13-2008. citada por Handersson Casafranca “*Convenio 169 OIT ¿Querer y no poder? o ¿poder y no querer?* – Servindi abril 2008

[23] Jurisprudencia citada por la Defensoría del Pueblo en su Acción e Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1015; 31/05/ 2008

[24] CIDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 121 (“los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 [de la Convención] son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad el estilo de vida de dicho pueblo.”).

[25] Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 03343-2007-PA-TC, Párrafo 32.

[26] Artículo 93°: *Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.*