

**PRINCIPIOS MÍNIMOS NO NEGOCIABLES
PARA LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE
PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA Y
CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E
INFORMADO**

Presentación

- Los **Principios Mínimos** fueron aprobados en el Encuentro Nacional del Pacto de Unidad de las organizaciones indígenas “En el camino de la libre determinación de nuestros pueblos” llevado a cabo del 29/11 al 1/12/2012.
- Los **Principios Mínimos** comprenden los principios y derechos que vienen del **derecho internacional** y de la **visión de los pueblos** originarios.
- Estos principios sirven de **base o piso mínimo** para la aplicación de nuestros derechos, la interpretación e implementación de la Ley de Consulta Previa y la elaboración del Reglamento de dicha Ley.
- Este es un documento de trabajo preliminar que será enriquecido en los próximos encuentros de las organizaciones indígenas.
- Para efectos de los principios del derecho internacional, este documento se basa en los instrumentos internacionales, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los materiales elaborados por el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.

¿Quiénes somos?

Somos pueblos **conscientes** de nuestra **identidad**:

1. Que **descendemos** de pueblos que estaban en el territorio **antes** de que se establezca el Estado peruano, antes de la Conquista y Colonización.
2. Que tenemos una identidad, características e **instituciones propias**, como todas o **alguna** de éstas:
 - ✓ nuestros territorios y formas de vida,
 - ✓ forma de relación con la tierra, territorio, naturaleza
 - ✓ forma de organización, autoridades, sistema de justicia,
 - ✓ idiomas, cultura, cosmovisión, conocimientos ancestrales, sabiduría, ciencia, tecnología, formas de transmisión de conocimientos,
 - ✓ valores, normas, principios, espiritualidad,
 - ✓ Expresiones culturales propias, como danzas, rituales, vestimenta, comida, arte, etc.



Nuestros derechos

I. En qué se basan nuestros derechos?

1. En nuestro **derecho propio** o derechos intrínsecos.
2. En el **derecho constitucional** o derechos fundamentales.
3. En el **Derecho internacional** de los derechos humanos de PI.

II. A quiénes se aplican los derechos indígenas?

1. Por mandato constitucional y la legislación interna.
2. Por mandato del Convenio 169.

III. Derecho a la libre determinación de los pueblos

IV. Nueva relación entre Estado y pueblos indígenas

1. **Participación** institucional en el Estado.
2. Participación efectiva en el ciclo de la política, planes y programas
3. **Consulta previa**: condiciones para **aprobar** una medida.
4. Situaciones que requieren el **consentimiento (riesgo)**.
5. Casos en los que el Estado debe **desistirse** de una medida.

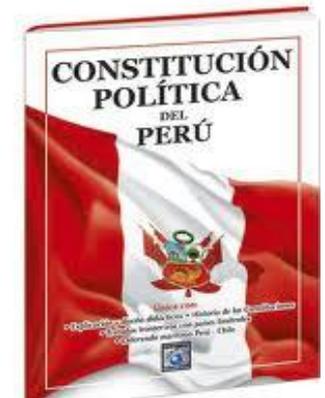
I. ¿EN QUÉ SE BASAN NUESTROS DERECHOS?

Nuestros derechos se basan en:

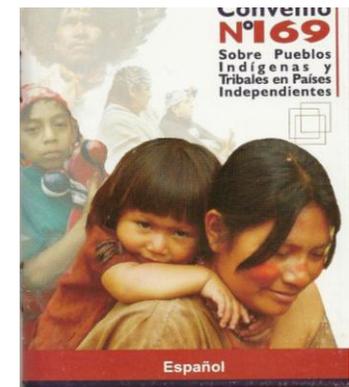
1. Nuestros derechos propios o intrínsecos son derechos **inherentes** que vienen de nuestro propio pueblo, historia y cultura.



2. La Constitución Política del Perú que reconoce **derechos fundamentales, el derecho internacional y los derechos inherentes**



3. El derecho internacional que consagra los **derechos humanos de los pueblos indígenas**



➤ *Las leyes o reglamentos deben desarrollar estos derechos y no pueden restringirlos.*

1. Derechos propios o intrínsecos

- Nuestros **derechos propios o intrínsecos** son derechos inherentes, que nacen de nuestra propia cultura, cosmovisión y visión de desarrollo.
- Se fundamentan en nuestra dignidad como pueblos.
- El derecho constitucional e internacional reconoce, respeta y promueve nuestros derechos **propios o intrínsecos**.



Fuente de los derechos intrínsecos o inherentes

Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 7mo considerando:

*“Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los **derechos intrínsecos de los pueblos indígenas**, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.*

Constitución, Art. 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.

2. Derecho Constitucional

- ✓ *La Constitución establece que el fin supremo del Estado es la protección de los derechos*

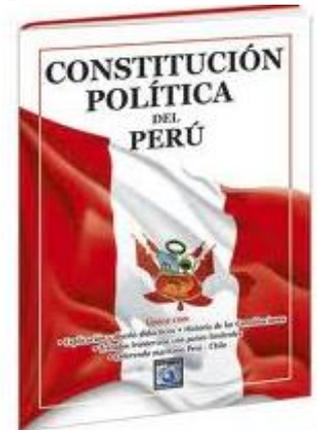
Art. 1: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el **fin supremo** del Estado y la sociedad.

- ✓ *La Constitución reconoce derechos fundamentales*

Art. 2: Listado de **derechos fundamentales**.

- ✓ *La Constitución reconoce y protege todos los derechos humanos y de los pueblos, como los establecidos en el derecho internacional y los derechos inherentes o intrínsecos*

Art. 3: (*Numerus Apertus*) 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.



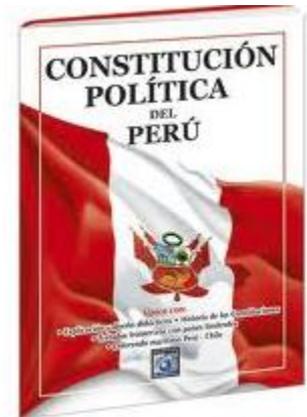
Reconocimiento **constitucional de los derechos** de las comunidades, RC y pueblos originarios

- *Los pueblos tienen derecho a su identidad étnica y cultural, y a usar su propio idioma.*

Art. 2, inc. 19: **A su identidad étnica y cultural.** El Estado reconoce y protege la **pluralidad étnica y cultural de la Nación**. Todo peruano tiene derecho a usar su **propio idioma** ante cualquier autoridad mediante un intérprete. (...).

- *Es deber del Estado proteger los derechos de los pueblos originarios.*

- ✓ Art. 89: Reconocimiento de la **autonomía** organizativa, económica, administrativa y territorial, de las comunidades campesinas y comunidades nativas.
- ✓ Art. 149: Reconocimiento de **funciones jurisdiccionales y derecho consuetudinario** de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas.
- ✓ Art. 191: Reconocimiento de porcentaje mínimo de **representación política de pueblos originarios** en consejos regionales y municipales.

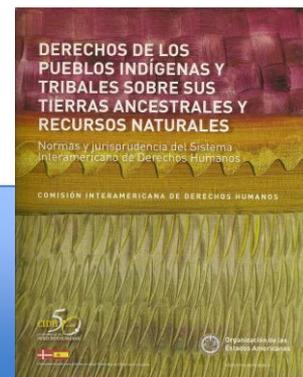
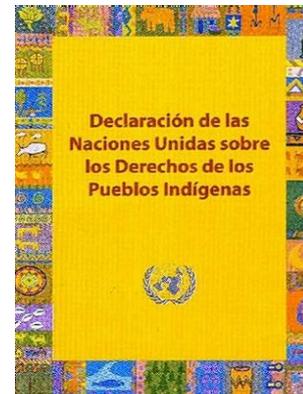
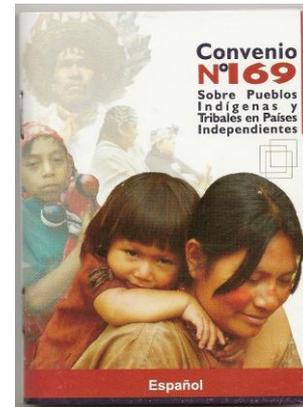


Reconocimiento constitucional del D. internacional

Los derechos **se interpretan de conformidad** con el derecho internacional

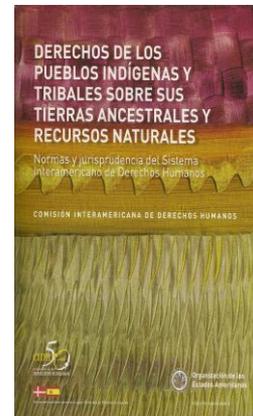
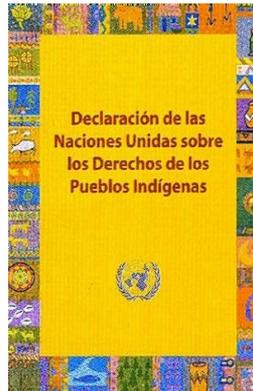
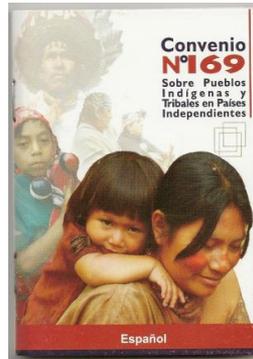
- Constitución, Art. 55: Los **tratados** celebrados por el Estado y en vigor forman parte del **derecho nacional**.
- *Constitución, Cuarta disposición final y transitoria:*
Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se **interpretan de conformidad** con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los **tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por el Perú.
- *Código Procesal Constitucional, Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales:*
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.

➤ *El derecho de consulta se debe interpretar de conformidad con el derecho internacional de DH: el Convenio 169, la Declaración de la ONU, la jurisprudencia de la CIDH.*



3. Derecho internacional de Pueblos Indígenas

- El derecho internacional de derechos humanos forma parte del derecho nacional, es de cumplimiento obligatorio para el Estado y sirve para interpretar los derechos. Está conformado por:
- **Tratados**, como:
 - Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el CCD el 26/11/1993, ratificado el 2/2/1994 y en vigor para el Perú desde el 2/2/1995
 - Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificada y en vigor desde 28/07/1978
 - Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales, que entraron en vigor el 28/07/1978
- **Acuerdos internacionales**,
 - Como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13/9/2007 por las NU
- **Jurisprudencia o decisiones de cortes**,
 - Sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos
- **Doctrina, principios generales, costumbres internacionales y equidad.** (Estatutos, CIJ, art. 38)



II. ¿A QUIÉNES SE APLICA LOS DERECHOS INDÍGENAS?

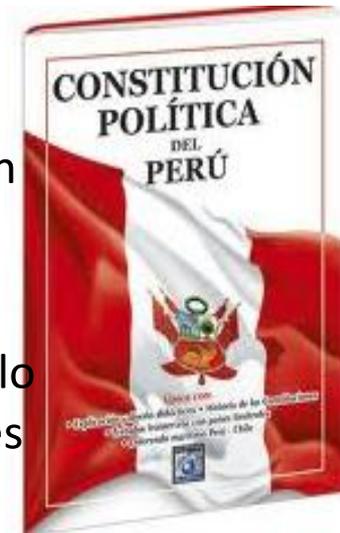
1. *Por mandato directo de la Constitución y legislación nacional*

- La **Constitución y la legislación nacional** ya reconocen la aplicación directa de derechos a:
- **Pueblos originarios** (Const. 191)
- **Comunidades campesinas** (Const. 89 y 149, Ley 27811)
- **Comunidades nativas** (Const. 89 y 149, y Ley 27811)
- **Rondas campesinas** (Const. 149; Ley de RC 27908,).
- **Pueblos en aislamiento o no contactados, y los pueblos en contacto inicial** (Ley 28736 y Ley 27811)



Fuente: Constitución de 1993

- **Art. 89:** Las **Comunidades Campesinas y las Nativas** tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.
- **Art. 149:** Las autoridades de las **Comunidades Campesinas y Nativas**, con el apoyo de las **Rondas Campesinas**, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.
- **Art. 191:** (...) La ley establece **porcentajes mínimos** para hacer accesible la **representación** de género, comunidades nativas **y pueblos originarios** en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.



Fuente: legislación interna

En el Perú, la legislación reconoce como pueblos indígenas a comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas, pueblos originarios y pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial.

- **Ley 27811: Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos**
Art. 2. Definiciones, a) Pueblos indígenas: Son **pueblos originarios** que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En esto se incluyen a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las **comunidades campesinas y nativas (...)**
- **Ley 27908 Ley de Rondas Campesinas. Art. 1.** (in fine) Los derechos reconocidos a los **pueblos indígenas** y comunidades campesinas y nativas se aplican a las **rondas campesinas** en lo que les corresponda y favorezca.

➤ *La consulta previa y demás derechos de los pueblos indígenas se aplican a comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas. En el caso de pueblos aislamiento voluntario y contacto inicial, son pueblos indígenas, y le corresponde al Estado garantizar su existencia y protección.*

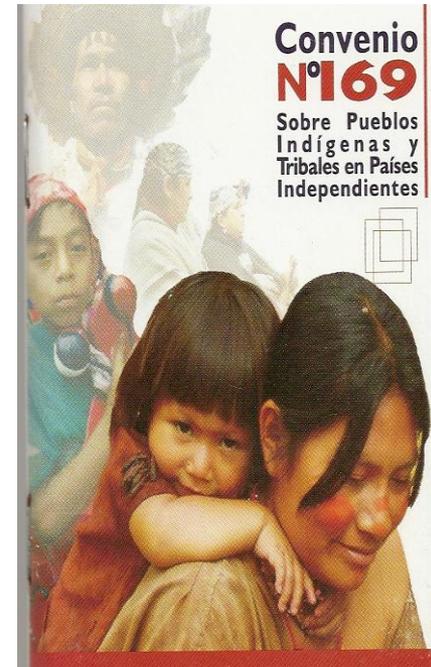
2. Por mandato del Convenio 169

Además de los sujetos ya reconocidos por la legislación nacional se aplican los derechos siguiendo los criterios del Convenio 169 (art. 1, b):

Los derechos de los pueblos indígenas se aplican a los pueblos **que tienen conciencia de:**

1. El hecho de **descender** de poblaciones que estaban antes de la conquista o colonización, o el establecimiento de las fronteras del Estado actual.
 2. Conservar o **tener alguna institución** cultural, social, económica o política propia (como idioma, costumbre, justicia, etc.)
- **Cualquiera sea el nombre o situación jurídica** (no importa si tienen o no reconocimiento legal o inscripción).

- No puede usarse el Convenio 169 para reducir o menoscabar derechos ya reconocidos por la ley interna.
- La ley no puede exigir más requisitos que el Convenio 169.



III. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Los pueblos tienen derecho a **decidir sus prioridades o modelo propio de desarrollo**

- **Convenio 169, Art. 7,1:** Los pueblos interesados deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades** en lo que atañe el proceso de **desarrollo**, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.
- **Declaración ONU: Art. 3:** Libre determinación

Ejemplos de expresión de la libre determinación:

- Autoconsultas
- Planes de vida
- Ordenamiento territorial y zonificación
- Gestión territorial rural (GTR)



Ronderos de Pulan, Santa Cruz , Cajamarca (2009)

IV. NUEVA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

¿Qué derechos debe respetar el Estado?

- Tenemos el derecho a la vida o existencia colectiva, con libre determinación de nuestra forma de vida y desarrollo
- Derechos al territorio y recursos naturales
- Derechos al autogobierno, autonomía propio sistema jurídico
- Derechos culturales (idioma, identidad, cosmovisión, espiritualidad)
- Derechos políticos, participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado



Indígenas Ashaninkas, selva central (2008)



Mujer indígenas de la Cordillera negra, Huaraz, Ancash (2006)

1. Participación Institucional en el Estado

Derecho de participar en las instituciones del Estado con poder de decisión

Convenio 169, OIT, Art. 6,1, b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueda **participar** libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a **todos los niveles** en la **adopción de decisiones** en **instituciones** electivas y organismos administrativos y de otro índole **responsables de políticas** y programas que les conciernan;



Participación institucional

Ejemplos:

En Bolivia, Colombia y Venezuela, los pueblos indígenas tienen cupos para participar directamente en instituciones administrativas y electivas, como el Congreso.

- **En el caso del Perú, la Ley de INDEPA, Ley 28495,** establece un organismo público como ente rector de las políticas de desarrollo de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano, con participación de representantes elegidos por ellos en un **consejo directivo multisectorial**, con **poder de decisión**.
- Mediante DS inconsultos, se ha eliminado la participación indígena de INDEPA y se ha transferido sus funciones al Viceministerio de Interculturalidad.
- Mediante **RS 337-2011** se ha creado una instancia multisectorial para hacer un informe sobre el **Reglamento de la ley** de consulta previa, pero es transitoria, no tiene poder de decisión y no hay suficiente participación indígena (sólo 6 de 21 miembros, lo que excluye organizaciones y genera conflicto entre indígenas)

2. Participación efectiva en el ciclo de la política y planes de desarrollo

Participación efectiva en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo

Convenio 169 de la OIT, Art. 7.1.

(...) Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo,(...)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.

➤ El Reglamento debe asegurar la participación efectiva en todo el ciclo de la **formulación, aplicación y evaluación** de los planes, proyectos y programas de desarrollo (antes, durante y después), como establece el Convenio 169, y no sólo en el momento previo, como indica la Ley de consulta.

3. Consulta Previa

El Estado tiene la obligación de **consultar** a los pueblos ante de adoptar una medida:

- legislativa o
- administrativa

susceptible de afectarles directamente.

La consulta tiene como finalidad llegar a un **acuerdo** o **lograr el consentimiento** acerca de la medida propuesta.



Pobladores del Vilcashuaman, Ayacucho (2009)

Fuentes:

- **Convenio 169 de la OIT, Art. 6**
 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, **mediante procedimientos apropiados** y en particular a **través de sus instituciones representativas**, cada vez que se **prevean medidas legislativas o administrativas** susceptibles de afectarles directamente;
 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de **buena fe** y de una **manera apropiada** a las circunstancias, con la **finalidad** de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
- **Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19 y 32,2 .**

¿En qué casos el Estado puede dar luz verde o aprobar una medida?

Una entidad estatal puede dar luz verde o aprobar una

- medida legislativa (como leyes o reglamentos) o
- medida administrativa (como concesiones o licencias)

Luego de llevar a cabo un proceso de consulta que cumpla con dos condiciones:

3.1. Que se haya llevado a cabo de forma adecuada, con respeto del **debido proceso**

3.2. Que garantice los **derechos de los pueblos**

3.1. Respeto del debido proceso de la consulta

- **¿Quién consulta?** El Estado (no la empresa)
- **¿A quién se consulta?** A los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas (asambleas o representantes elegidos por los mismos pueblos)
- **¿Cuándo se consulta?** Antes de la aprobar una medida (ejem. antes de aprobar una concesión minera, petrolera, hidroenergéticas, etc)
- **¿Cómo se consulta?** De buena fe, lo que supone que no puede haber una decisión predeterminada por el Estado.
 - A través de **procedimientos adecuados**, previamente acordados con los pueblos y que respeten su derecho consuetudinario
 - Con **equidad en la información**: El Estado debe brindar información previa comprensible y suficiente sobre sus derechos, la medida propuesta y sus efectos
 - Garantizando y **respetando un espacio propio e interno** para la reflexión e evaluación de la propuesta.
 - En un **plazo razonable**.
 - **Sin coacción** o coerción y sin promover división de dirigentes.
 - Con **procedimientos impugnatorios** accesibles.

Sólo serán válidas las decisiones que se tomen en las asambleas, garantizando la participación plena, libre e informada.

- El Reglamento debe garantizar la participación efectiva de los pueblos.
- Para que sean válidas las decisiones deben tomarse en asambleas, y no sólo por unos cuantos dirigentes, respetando su derecho propio.
- Son los pueblos los que deciden y designan a sus **representantes**
- **No** debe considerarse **válida** una consulta **cuando hay coacción, cooptación o amedrentamiento de dirigentes.**



Fuente: Informe CIDH

“**306.** La regla de **adecuación cultural de la consulta** exige que la **representación** de los pueblos indígenas sea **definida de conformidad con sus propias tradiciones**; según la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka, “al declarar que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, la Corte reconoció que **es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo** Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal. En consecuencia, “el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal.”Estos requisitos tienen una clara base normativa en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el Convenio 169 de la OIT requiere que las consultas se lleven a cabo “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”. En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas exige que las consultas se celebren “por medio de sus instituciones representativas”.

Fuente:

- Caso Sarayacu, demanda por la Comisión Interamericana de DH ante la Corte (26/4/2010):
Párr. 157 y 158

“(...) en el presente caso la Comisión ha dado por probado que la forma de participación política del Pueblo de Sarayacu sobre temas de especial transcendencia para el Pueblo es la **Asamblea comunitaria.**”

3.2. El Estado sólo puede aprobar una medida que garantice los derechos de los pueblos



Foto muestra rondas de la provincia Cajabamba, Cajamarca (2009)

a. Respeto de la libre determinación y las prioridades de desarrollo decididas por los pueblos

Convenio 169 de la OIT, Art. 7, inciso 1

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades** en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio **desarrollo** económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles **directamente**”.



Foto muestra territorio de las rondas campesinas de Sapalache, provincia de Huancabamba, Piura (2006)

Buen vivir

- Respeto del “**buen vivir**” de los pueblos indígenas, que incluye su relación con la madre tierra (Pachamama) y la naturaleza
- Respeto a los principios de vida de los pueblos: solidaridad, reciprocidad, equidad, etc.
- Respeto de sus formas de vida vinculadas a su cosmovisión, subsistencia y desarrollo (actividades socio-económicas)

Entonces la medida a aprobarse debe respetar:

- Las autoconsultas,
- Los planes de vida,
- La zonificación y ordenamiento territorial, etc.

b. El mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud, educación

Convenio 169 de la OIT, Art. 7, inciso 2

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



➤ Para que el Estado apruebe una medida sometida a consulta previa, la misma debe garantizar que va a mejorar efectivamente las condiciones de vida, trabajo, salud y educación con calidad a los niños y jóvenes.

Garantía para las generaciones futuras.



- Para que el Estado apruebe una medida sometida a consulta, la misma debe garantizar la continuidad de las generaciones futuras: su forma de vida, medio ambiente, seguridad alimentaria, entre otras condiciones que definan los pueblos

C. La realización de estudios sobre la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental de las medidas, programas o proyectos, con participación de los pueblos



Problema: El proyecto de Reglamento deja el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) a las empresas, según el DS 019-2009-MINAN (DCF Sétima).

- El Estado debe garantizar estudios de impacto **independientes** (CIDH, caso Saramaka vs. Surinam).
- El Estado debe garantizar la **participación** de los pueblos en la realización de estudios sobre la incidencia **social, espiritual, cultural y ambiental** de las medidas, programas o proyectos.

Fuentes

- **Convenio 169 de la OIT, Art. 7, inciso 3**

“Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se **efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados**, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionada”.

- **Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam.**

129 (...) el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: (...) Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

d. La protección del medio ambiente

- Para que el Estado pueda aprobar una medida (proyecto o programa), debe garantizar la protección y sostenibilidad ambiental, **y que se aseguren las medidas de control, mitigación de impactos y remediación de pasivos ambientales, en tanto corresponda**
- La protección de aguas, bosques, ecosistemas, hábitat.



Laguna en Cerro de Pasco, contaminada por relaves mineros (2006). Falta remediación de pasivos ambientales

El Reglamento debe garantizar la protección ambiental.

Fuentes

- **Convenio 169 de la OIT, Art. 7, inciso 4**

“Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

- **Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, párrafo 129.**

129. (...) el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: (...) Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

e. Indemnizaciones en caso de posibles daños y perjuicios



La foto retreta parte de territorios de comunidades campesinas en Vinchos, Ayacucho, afectados por gaseoducto de gas de Camisea III

- La consulta previa debe asegurar el pago de indemnizaciones por posibles daños y perjuicios. Este pago es distinto de otros conceptos como servidumbre o ganancias.
- El Reglamento de la Ley de Consulta previa debe garantizar indemnizaciones, Ejem.
 - Fondos de garantía.
 - Fideicomiso.
 - Mayor fiscalización ambiental.
 - No debe darse concesiones de minería artesanal a terceros en comunidades, pues generan daños y no garantiza reparaciones

Fuentes

- **Convenio 169 de la OIT, Art. 15, inciso 2**

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

- **Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam. Salvaguardas.**

f. Participación directa y colectiva en las utilidades o ganancias de las actividades o proyectos

- La consulta previa debe servir también para garantizar la participación directa de los pueblos en las ganancias o beneficios de las actividades.
- Las ganancias son relativas a los beneficios de las empresas, y es un concepto distinto de indemnizaciones o servidumbre.

Ejemplos:

- Exclusividad o preferencia de concesiones.
- Copropiedad, cogestión o accionariado.
- Participación directa en el canon, regalías, tributos u otros ingresos (y no a través de gobiernos regionales o municipales).



Fuentes

- **del Convenio 169 de la OIT, artículo 15, inciso 2**

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

- **Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, párrafo 129**

129. (...) el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: (...) Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. (...) Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

g. Respeto del principio de equidad, participación y no discriminación de género o edad.



En los procesos de consulta, el Estado debe garantizar y respetar la participación de mujeres y jóvenes, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna. El Reglamento de la ley de Consulta debe considerar el respeto de este principio.

Fuente

- **Convenio 169 OIT, art. 3, inc.1.** Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.



Mujeres indígenas de la Cordillera Negra, Ancash participando en una asamblea comunal (2006)

4. Situaciones de RIESGO en las que se requiere el CONSENTIMIENTO del pueblo

Los pueblos tienen derecho a dar o no dar su **consentimiento** previo, libre e informado respecto de las medidas sometidas a consulta:

- en **casos ya establecidos** por el derecho internacional y
- en **situaciones de riesgo** de la vida o integridad física o cultural de los pueblos.

Así como un médico requiere del consentimiento de un paciente para operarlo, el Estado sólo puede aprobar una medida con el consentimiento o aceptación del pueblo (licencia social) en los siguientes casos:

a. Cuando estén en riesgo la vida y la integridad física y cultural.



Fuentes

- Derecho a la vida e integridad física y cultural

Convenio 169 de la OIT, Art. 2, inciso 1

“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de **su integridad**”.

b. Traslados poblacionales



Foto refleja marcha de pobladores de la zona de Inambari, quienes protestan por construcción de hidroeléctrica, que los forzara a un traslado.

Fuentes

- **Convenio 169 de la OIT, artículo 16, inciso 2**

“Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (...)”.

- **Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Art. 10**

“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

- **Informe de la CIDH, párrafo 334.1**

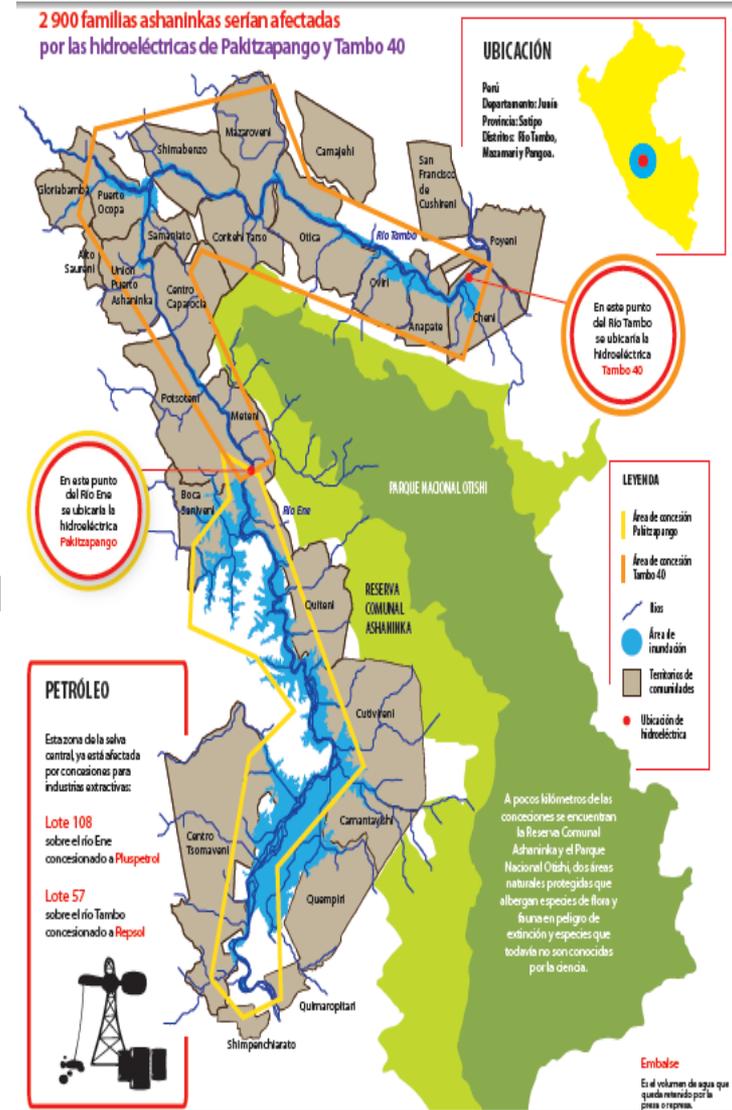
334. El desarrollo de los estándares internacionales (...) hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria.

1. La primera de estas situaciones (...) es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente (...)

- **Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam**

Caso: Pakitzapango

- Proyecto de construcción de 3 hidroeléctricas: *Pakitzapango, Tambo 40 y Tambo 60*, en **territorio de pueblo Ashánika**:
- Las centrales son para producir energía para la exportación de electricidad a Brasil.
- El proyecto incluye la inundación de territorios de comunidades indígenas y el desplazamiento de unas 3,000 familias del pueblo ashánika.
- Las concesiones dadas a las empresas “Pakitzapango Energía SAC” y Odebrecht por el Estado no fueron consultadas.
- Como que el proyecto contempla desplazamiento poblacional sólo se podría dar con el consentimiento de los pueblos a ser desplazados.
- Los pueblos ashánikas se han opuesto al proyecto y presentaron su caso ante CIDH (a.t)



C. MEGAPROYECTOS, planes de inversión o desarrollo que puedan afectar las condiciones de subsistencia



El planteamiento de la construcción de proyectos de gran envergadura, en zonas cercanas o dentro de territorios de pueblos indígenas, **puede afectar la vida e integridad física y cultural y la subsistencia de dichos pueblos**, por lo que se hace necesario para el Estado no solo consulta previamente, sino también tener el consentimiento de los pueblos que serán afectados antes de aprobar la concesión.

Fuentes

- **Informe de la CIDH, párrafos 330 y 334.2**

330. La Corte Interamericana ha resaltado “la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto” planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos: “la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a **gran escala** que tendrían un **mayor impacto** dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”(…)

333. (...) El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

334. “El desarrollo de los estándares internacionales (...) hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria.

2. El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso Saramaka, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

- **Corte IDH, Caso Saramka vs. Surinam**

d. Almacenamiento o depósito, eliminación o desecho de materiales peligrosos o tóxicos



Fuentes

- **Declaración NU sobre derechos PPII, artículo 29, inciso 2**

“Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

- **Informe de la CIDH, párrafo 334, 3**

334. “El desarrollo de los estándares internacionales (...) hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria.

3. Otro caso en el que, como apunta el Relator Especial, resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas, es el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas”.

e. Toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena



- Toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos.
- Es el Estado el que debe hacer la consulta previa y obtener el consentimiento.
- El acuerdo entre empresa y comunidad propietaria NO sustituye el deber del Estado de consultar y obtener el consentimiento previo.

(El Proyecto de Reglamento no garantiza este derecho)

Fuente

Informe de la CIDH, párrafos 281 y 329

281. Está sujeta a consulta previa y a la obtención del consentimiento del pueblo respectivo toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas (...) Para la CIDH, los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien.

329. Sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de planes o proyectos que puedan afectar sus derechos de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

f. Actividades militares

- El Establecimiento de cuarteles, canchas de tiro y otros similares, requiere el consentimiento del pueblo



Fuente

Declaración NU sobre derechos PPII, artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

g. En la adopción de medidas especiales de salvaguarda de personas, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente



Fuente

Convenio 169 de la OIT, artículo 4

- 1.** Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
- 2.** Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
- 3.** El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

5. Casos en los que el Estado debe **DESISTIRSE** de la medida

El Estado **debe desistirse** de una medida según los criterios siguientes:

- Cuando está así **previsto** por el derecho
- En todos los casos que requieren **consentimiento** y el **pueblo no lo da**.
- iii) Cuando haya **certeza** de que la medida va a **afectar derechos colectivos del pueblo** o va a tener un impacto significativo sobre la vida, integridad física o cultural, o pleno desarrollo de los pueblos.

a) Casos en los que el pueblo no ha dado su consentimiento

- En todos los casos que la adopción de una medida **requiere el consentimiento** del pueblo y éste **no lo da**, el **Estado debe desistirse** de su propuesta y no aprobar dicha medida.



b) Cuando hay certeza de afectación de la vida, la integridad o condiciones de subsistencia de un pueblo

Convenio 169 de la OIT, Art. 2, inciso 1

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su **integridad**.

Visión indígena sobre respeto de su hábitat

El Estado NO debe permitir medidas que impliquen

Concesiones para actividades extractivas en:

- cabeceras de cuencas, glaciales, páramos, bofedales, ojos de agua, ríos, bosques y los que se consideran intangibles para estos efectos
- Medidas que afecten o eliminen la biodiversidad.
- Otras que consideren los pueblos.



El Estado **no debe permitir** medidas que impliquen la pérdida de tierras, territorios o recursos; ni concentración de tierras por terceros.



c) Cuando va a dañar la integridad cultural, de valores, prácticas e instituciones

Convenio 169 de la OIT, artículo 5, inciso b)

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

Declaración UN sobre derechos de los PPII , Artículo 8, 1

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

Declaración UN sobre derechos de los PPII , Artículo 12, 1

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

Fuente

Convenio 169 OIT, artículo 3, inciso 2

No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Declaración UN sobre derechos de los PPII , artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

d) Cuando va a dañar el patrimonio histórico-cultural de los pueblos indígenas

Declaración UN sobre derechos de los PPII

Art. 11, inciso 1

“Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como **lugares arqueológicos o históricos**, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”.

e) Cuando implique discriminación para el ejercicio de derechos

Convenio 169, Art. 3, inciso 1

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Declaración ONU, Art. 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígena.

f) Cuando implique empleo de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades de los pueblos



- El Estado no puede aprobar medidas que impliquen el uso de la fuerza contra los pueblos (envío de tropa, declaración de Estado de emergencia, etc.)
- Convenio 169, art. 3

g) En casos de pueblos de alta vulnerabilidad, como pueblos en aislamiento y contacto inicial



Foto tomada en el 2011, muestra avistamiento de pueblos en aislamiento en la zona de Purus, Perú (frontera con Brasil). Actualmente estos pueblos se encuentran amenazados por el aumento de la tala ilegales en la zona.

- El Estado no debe dar concesiones en casos de pueblos en aislamiento o contacto inicial, por su alta vulnerabilidad.
- Estos pueblos pueden morir por gripe u otras enfermedades por el simple contacto con otras sociedades.

Fuente

Proyecto de Directrices de protección para los PPII en aislamiento y contacto inicial de la Región Amazónica, el gran Chaco y la región oriental del Paraguay

48. El principio de garantía de la autodeterminación debe entenderse de manera diferente para los pueblos indígenas en aislamiento y para los pueblos indígenas en contacto inicial que lo que significa en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas en aislamiento la garantía de la autodeterminación se traduce en el respeto absoluto a su decisión de mantenerse en aislamiento. Por lo tanto, bien cabría denominarlo como el principio del respeto al no contacto. Para los pueblos indígenas en aislamiento este principio se convierte en la clave para la aplicación posterior de otros principios y derechos, ya que conforma la expresión máxima de su voluntad.

51. A partir del respeto de este principio, cualquier contacto que se realice con los pueblos indígenas en aislamiento que no haya partido de su iniciativa deberá considerarse como una vulneración de los derechos humanos de estos pueblos indígenas. En el contexto de la Declaración se considerará como parte de programas y políticas de aculturación condenadas expresamente en el artículo 8. Los contactos forzados o no deseados deben perseguirse por las legislaciones penales de cada Estado como forma de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento. En este sentido y teniendo en cuenta el conocimiento existente sobre los efectos del contacto forzado, podría considerarse que, bajo ciertas circunstancias, el contacto forzado debería entenderse como una práctica del delito internacional del genocidio.

52. Mientras tanto, para los pueblos indígenas en contacto inicial, este principio hay que entenderlo siguiendo los planteamientos que establece la Declaración en sus artículos 3 a 5. Y por lo tanto tenemos que entenderlo como el principio que garantiza el mantenimiento de sus estructuras políticas e institucionales, de sus formas de organización y de sus culturas y costumbres. Gracias a este principio los procesos de aculturación forzada quedan al margen del derecho, constituyendo una violación clara de los derechos humanos de estos pueblos. La aculturación forzada queda prohibida a partir del artículo 8 de la Declaración.