



Informe

El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú - Últimos Avances.

Programa Social Indígena

Elaborado por la Especialista María del Rosario Sevillano Arévalo, en el marco del desarrollo de la Mesa 3 sobre la consulta a los pueblos indígenas.

Marzo 2010

INDICE

I. Introducción

II. Antecedentes Generales:

1. De los actos realizados por el Estado peruano
 - 1.1. Promoción de la inversión privada
 - 1.2. Promulgación de Decretos Legislativos sin previa consulta
 - 1.3. Manifestaciones de la política de desarrollo para la Amazonía
 - 1.4. Acciones de la Defensoría del Pueblo

2. De los actos realizados por las organizaciones indígenas y organizaciones internacionales
 - 2.1. Protestas de las organizaciones indígenas
 - 2.2. Observaciones de organizaciones internacionales

III. Fundamentos jurídicos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú

1. De los instrumentos normativos internacionales y la normatividad nacional vigentes
 - 1.1. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
 - 1.2. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
 - 1.3. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - 1.4. Marco jurídico nacional sobre el derecho a la consulta

2. Relación entre el Derecho a la autodeterminación y a la consulta

IV. Algunos aspectos relevantes del derecho a la consulta

1. Sujeto activo del derecho a la consulta: El Estado Peruano.
2. Sujeto Pasivo: Los Pueblos Indígenas
3. Objeto a consultar
4. Características (respeto de costumbres, previa, libre e informada)
 - 4.1. La Consulta debe ser previa
 - 4.2. El proceso de consulta como proceso de diálogo
 - 4.3. La consulta debe realizarse de buena fe y respetando las costumbres

5. Finalidad de la consulta (Resultado: Acuerdo o consentimiento)
6. Diferencias de otros derechos similares: participación, información y consentimiento
 - 6.1. Del Derecho a la consulta y a la participación

- 6.2. Del Derecho a la consulta y a la información
- 6.3. Del Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado

- 7. Entidad encargada de realizar el proceso de consulta

V. Proceso de diálogo entre el gobierno y las organizaciones indígenas amazónicas

- 1. Creación del Grupo Nacional y de la Mesa 3 sobre la Consulta a los pueblos indígenas
- 2. Mesa 3: Consulta previa a los pueblos indígenas
 - 2.1. Capacitación
 - 2.2. Discusión de Propuestas
 - 2.3. Elaboración de la Propuesta de las Organizaciones Indígenas
 - A. Sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas
 - B. Sujeto Pasivo: Los Pueblos Indígenas
 - C. Principios
 - D. Sobre el Entidad encargada de realizar la consulta
 - E. Sobre la vigencia de las Medidas Legislativas o Administrativas durante el período 1995-2009
 - F. Sobre la Finalidad del Proceso de Consulta

VI. Conclusión y Recomendaciones

- 1. Conclusiones
- 2. Recomendaciones

I. Introducción

Las protestas indígenas y hechos violentos que se desarrollaron durante el 2009 reflejaron que en el Perú, a pesar del desarrollo normativo y de los compromisos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y en particular de derechos especiales de los pueblos indígenas, había situaciones de alta insatisfacción de la población indígena con la actuación del actual gobierno.

Luego de los lamentables acontecimientos en Bagua se inició un proceso de diálogo y concertación entre los pueblos indígenas amazónicos y el gobierno, conformándose una mesa de trabajo del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos. Se considero a la consulta uno de los temas para la discusión al interior del Grupo Nacional, ya que uno de los principales cuestionamientos realizados por los indígenas fue el incumplimiento de la obligación del Estado peruano de consultarles respecto de las medidas que se venían adoptando en la Amazonía. De este modo en los estos últimos meses del año 2009 se han venido desarrollando reuniones entre representantes del Poder Ejecutivo y representantes de las organizaciones indígenas amazónicas.

Mediante el presente documento hacemos una breve revisión sobre las obligaciones jurídicas del Estado peruano respecto al derecho a la consulta de los pueblos indígenas y recogemos los aportes que se han dado en el marco del proceso de debate y los resultados logrados de las reuniones entre los representantes del Estado peruano y las organizaciones indígenas amazónicas.

La estructura abordará en un primer momento los antecedentes generales a tomar en cuenta para una mejor comprensión de la problemática indígena en nuestro país, luego se revisarán los fundamentos jurídicos sobre los cuales se basa la obligación del Estado Peruano de respetar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en nuestro país, seguidamente se reconocerán algunos aspectos relevantes del derecho a la consulta.

Finalmente se presentará el desarrollo y algunos aspectos del producto logrado del proceso de diálogo en el marco de las reuniones del Grupo Nacional. Este producto se presenta como parte del acompañamiento y asesoría que realizamos desde DAR a la Mesa 3 sobre la Consulta a los pueblos indígenas.

II. Antecedentes Generales:

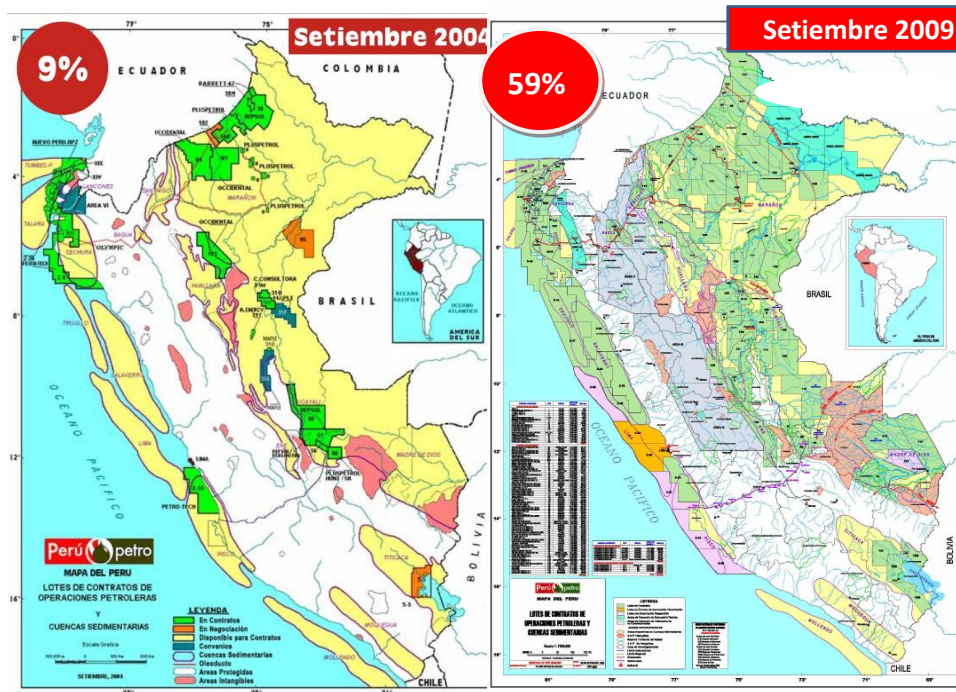
En los últimos años tanto el Estado peruano como las organizaciones indígenas, en representación de los pueblos indígenas, llevaron a cabo acciones que conllevaron al desencadenamiento del conflicto por lo que deben considerarse de modo integral y no como hechos aislados para así poder lograr una mejor comprensión de los reclamos indígenas.

1. De los actos realizados por el Estado peruano

1.1 Promoción de la inversión privada

Durante los últimos años el Perú ha venido promoviendo el desarrollo de actividades para la inversión privada tales como actividades extractivas de recursos naturales en las zonas andina y amazónica del Perú, zonas donde habitan los pueblos indígenas, conocidos en el Perú como Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas Aislados, cuya característica general es la pobreza y la exclusión histórica.

Por ejemplo, la presión sobre los Pueblos Indígenas de la Amazonía se ha agudizado los últimos cinco años, por la implementación de una política agresiva de entrega de concesiones de hidrocarburos en la Amazonía peruana (“Shock de las inversiones”). La extensión de territorio amazónico con lotes de hidrocarburos se incrementó del 2004 al 2009, del 9% al 59%, muchos superpuestos con áreas protegidas por el Estado, con tierras indígenas tituladas y territorios indígenas ancestrales, incluso con reservas propuestas para indígenas en aislamiento voluntario.



1.2 Promulgación de Decretos Legislativos sin previa consulta

A partir de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos (2007), más conocido como Tratado de Libre Comercio (TLC), el Poder Ejecutivo aprobó 96 Decretos

Legislativos en el marco de la delegación de facultades dada por el Poder Legislativo¹. Estos decretos emitidos² fueron de los más variados, los cuáles debido a la posible afectación que generarían en los pueblos indígenas debieron ser sometidos, previamente a su promulgación, a un proceso de consulta.

Debido a las fuertes críticas que se realizaban desde distintos sectores³ los Decretos Legislativos N° 1015 y 1073 fueron derogados el 22 de agosto del 2008 por el pleno del Congreso de la República. Ambos decretos estaban referidos a la inversión privada en tierras de comunidades campesinas y nativas. Sin embargo los demás decretos que también se habían cuestionados quedaron vigentes en la normativa nacional.

El Congreso de la República debido a las reiteradas criticadas que habían quedado respecto de las normas vigentes crearon la Comisión Multipartidaria, encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los Pueblos indígenas y posteriormente conformó una Mesa de Diálogo para Evaluar y Analizar de manera urgente los Decretos Legislativos N° 1064, 1080, 1081, 1089 y 1090. Siendo que el 07 de mayo del 2009, la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República presentó al pleno un informe recomendando la Derogatoria de los Decretos Legislativos N° 994, 1064, 1020, 1080, 1081, 1089, 1090, 1083, 1060 y 995, por ser contrarios al orden constitucional referido a las Comunidades Campesinas y Nativas así como al derecho de identidad étnica y cultural y, a la aplicación e interpretación de tratados previstos en el artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que en conjunto vulneran las obligaciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

Si bien luego de los lamentables acontecimientos ocurridos en Bagua el 05 de junio del 2009 se planteó la revisión de los Decretos Legislativos ampliamente observados en la Mesa 2 del Grupo Nacional a la fecha no se ha logrado un resultado concreto pues desde esa fecha, salvo los decretos 994 y 1064, los demás continúan vigentes.

1.3 Manifestaciones de la política de desarrollo para la Amazonía

Se debe tener en cuenta que el propio Jefe de Estado expresó en dos oportunidades su perspectiva para la mejora de la economía nacional a través del desarrollo de la Amazonía

¹ Ley N° 29157 publicada el 19 de diciembre de 2007 en el diario oficial "El Peruano", que otorga facultades hasta por ciento ochenta (180) días calendario.

² El Poder Ejecutivo emitió 99 Decretos Legislativos, 63 de ellos durante la semana previa al término de la delegación de facultades, sin que estos fueran pre publicados ni revisados por alguna Comisión del Congreso, y sin la posibilidad de hacer un control posterior de las materias legisladas. Entre los Decretos Legislativos más cuestionados se encontraban: D. Leg. N° 994, 1015, 1020, 1059, 1060, 1064, 1073, 1079, 1080, 1081, 1089, 1090, entre otros. (Informe: Hechos y Aspectos Vulneratorios de los Decretos Legislativos 1090 y 1064. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR. Junio 2009).

³ El Decreto Legislativo 1075 fue cuestionado por las organizaciones indígenas, observado por la Defensoría del Pueblo (Informe N° 16-2008-DP/ASPMA.PCN del 19 de Mayo del 2008); resultó dictaminado de forma negativa por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, del Congreso de la República

con el impulso de la inversión privada despojando de la propiedad ancestral que ejercen los indígenas.

El 28 de octubre y 25 de noviembre del 2007, el presidente de la República, escribe dos artículos en el diario El Comercio, denominados: “El síndrome del perro del Hortelano” y “Receta para acabar con el perro del hortelano”; en el que profesa el otorgamiento de las tierras “ociosas” ubicadas en los Andes y la Amazonía a grandes inversionistas. En dichos discursos políticos el Presidente de la República expresa su visión de desarrollo y su política para promover las inversiones, como:

“Hay millones de hectáreas para madera que están ociosas, otros millones de hectáreas que las comunidades y asociaciones no han cultivado ni cultivarán, además cientos de depósitos minerales que no se pueden trabajar y millones de hectáreas de mar a los que no entran jamás la maricultura ni la producción. Los ríos que bajan a uno y otro lado de la cordillera son una fortuna que se va al mar sin producir energía eléctrica...20”.

“Los que se oponen dicen que no se puede dar propiedad en la Amazonía (¿y por qué sí en la costa y en la sierra?). Dicen también que dar propiedad de grandes lotes daría ganancia a grandes empresas, claro, pero también crearía cientos de miles de empleos formales para peruanos que viven en las zonas más pobres. Es el perro del hortelano”.

“Un segundo tema demuestra lo mismo, es la tierra. Para que haya inversión se necesita propiedad segura, pero hemos caído en el engaño de entregar pequeños lotes de terreno a familias pobres que no tienen un centavo para invertir, entonces aparte de la tierra, deberán pedirle al Estado para fertilizantes, semillas, tecnología de riego y además precios protegidos”.

“Además existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tienen 200 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil hectáreas y las otras son propiedad ociosa, de 'mano muerta', mientras sus habitantes viven en la extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador”.

“... y el engaño dicen que esas tierras no pueden tocarse porque son objetos sagrados y que esa organización comunal es la organización original del Perú, sin saber que fue una creación del virrey Toledo para arrinconar a los indígenas en las tierras no productivas. Este es un caso que se encuentra en todo el Perú, tierras ociosas porque

el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente.”.

...Y contra el petróleo, han creado la figura del nativo selvático 'no conectado'; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruano debe quedarse bajo tierra mientras se paga en el mundo US \$ 90 por cada barril. Es preferible para ellos que el Perú siga importando y empobreciéndose... Frente a la filosofía engañosa del perro del hortelano, la realidad nos dice que debemos poner en valor los recursos que no utilizamos y trabajar con más esfuerzo... Y esa es la apuesta del futuro, y lo único que nos hará progresar”.

Estas declaraciones sólo lograron exacerbar los ánimos de desconfianza y descontento de las organizaciones indígenas.

1.4 Acciones de la Defensoría del Pueblo

Por su parte la Defensoría del Pueblo tuvo un rol proactivo para el caso de los Decretos Legislativos. En el caso del Decreto Legislativo N° 1015 expresó sus observaciones respecto a la vigencia mediante Informe N° 16-2008-DP/ASPMA.PCN del 19 de mayo del 2008, presentando una Demanda de Inconstitucionalidad contra tal Decreto el 30 de mayo del mismo año y en el caso del Decreto Legislativo N° 1064 presentó una Demanda de Inconstitucionalidad el 04 de junio de 2009.

Asimismo, promovió el diálogo entre las partes a fin que haya un acercamiento entre ellas. Así, logró que AIDSESEP reinicie el diálogo con los representantes del Estado y la posterior formación de una comisión conformada por representantes de AIDSESEP y de la Presidencia de Consejo de Ministros.

Luego de los hechos ocurridos en Bagua el 05 de junio, la Defensoría del Pueblo emitió en julio el Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD, Acciones Humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 05 de junio del 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua región Amazonas en el contexto del paro amazónico, en el cual relataban las acciones que habían desplegado con ocasión de los sucesos en la Amazonia e identificaron a las víctimas de los actos violentos cometidos.

Finalmente, el 06 de julio la Defensoría del Pueblo presentó al Congreso de la República, mediante Oficio N° 0179-2009-DP, la propuesta legislativa denominada Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas.

2 De los actos realizados por las organizaciones indígenas y organizaciones internacionales

2.1 Protestas de las organizaciones indígenas

Durante todos estos años la población indígena ha expresado, mediante diversos pronunciamientos, su negativa a los planteamientos dados por el gobierno en relación al modelo de desarrollo que se viene implementando en sus territorios. Siendo que desde que el gobierno expresó claramente su posición respecto al modelo de desarrollo a implementar en la Amazonía las organizaciones indígenas iniciaron protestas. En ese sentido, en agosto del 2008 tras la promulgación de los Decretos Legislativos se iniciaron las primeras protestas, las cuales contaron con la participación de representantes de las comunidades nativas de la Amazonía quienes exigían la derogatoria de los Decretos Legislativos vulneradores de sus derechos como pueblos indígenas. Asimismo, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDSESP convocó a un paro nacional en protesta por los decretos promulgados.⁴

Por otro lado, diversos Frentes Regionales integrantes de la Cumbre Amazónica exigieron a los representantes del Estado peruano la suspensión de la reglamentación de los decretos legislativos aprobados de manera inconsulta.

Hacia marzo del 2009 la conformación de una Mesa de Diálogo Permanente entre el Estado y los Pueblos Indígenas de la Amazonía, en la cual no se incluyó la participación de AIDSESP, exacerbó más los ánimos de desconfianza por lo que a los pocos días dicha organización indígena convocó nuevamente a un paro nacional de los pueblos indígenas amazónicos para exigir que el Ejecutivo derogue los Decretos Legislativos emitidos.

Pese a que a partir del mes de abril del mismo año se produjeron acercamientos entre el Ejecutivo y AIDSESP, a través de la conformación de una Comisión Multisectorial encargada de solucionar los reclamos de la población indígena y de diversas reuniones que se sostuvieron entre AIDSESP y los representantes del Poder Ejecutivo, no se logró arribar hacia un acuerdo entre ambas partes.

Así, el 15 de mayo del 2009 el presidente de AIDSESP realizó un llamado a la insurgencia a los pueblos amazónicos, no obstante a los pocos días se retractó respecto al llamado a la insurgencia realizado.

De igual modo, las organizaciones de la sociedad civil han advertido la necesidad de respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas a través de la Constitución Política del Perú de 1993 y de instrumentos jurídicos de derechos humanos de obligatoria observancia para el Estado peruano.

2.2 Observaciones de organizaciones internacionales

⁴ Informe: Hechos y Aspectos Vulneratorios de los Decretos Legislativos 1090 y 1064. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR. Junio 2009.

La problemática de los derechos de los pueblos indígenas no sólo fue expuesta por las organizaciones de la sociedad civil a nivel nacional e internacional sino que también los propios organismos internacionales de control y supervisión del cumplimiento y respeto de los derechos de tales pueblos también manifestaron el reiterado incumplimiento de las obligaciones del Estado peruano.

Así, en febrero de 2009 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT publicó las observaciones de su 79ª reunión para el Estado peruano. En dichas observaciones la CEACR solicitó nuevamente al gobierno que desarrolle un criterio unificado sobre los pueblos indígenas que debían ser cubiertos por el Convenio pues en la actualidad se tenía varias definiciones y términos que sólo generaban confusión.

La CEACR también solicitó al Gobierno el establecimiento de las instituciones y mecanismos indígenas que aseguren una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas, pues observó que el actual desempeño del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA no aseguraba los compromisos asumidos por el Estado peruano a través del Convenio 169 de la OIT.

Otra importante observación realizada por la CEACR fue la necesidad de contar con mecanismos apropiados de participación y consulta a los pueblos indígenas, establecidos con la participación de los propios pueblos. Siendo que observó que en la actualidad se venían discutiendo proyectos legislativos que no consideraban la realización previa de consultas.

Por otro lado, el 02 de junio del 2009 el Foro Permanente para las cuestiones indígenas emitió un comunicado expresando su preocupación por la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en la Amazonía peruana y solicitándole al Estado peruano la suspensión inmediata del estado de sitio en contra de las comunidades y organizaciones indígenas; que se evite cualquier acción, como la intervención militar, que podría aumentar el conflicto ya existente; y, que cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales relativas a la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas y defensores de los derechos humanos.

III. Fundamentos jurídicos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú

El derecho a la consulta ha sido reconocido en diversas fuentes de derecho como son los instrumentos normativos internacionales y nacionales y la jurisprudencia vinculante para el Perú, por lo que resulta necesario hacer una revisión general de dichos instrumentos a fin de conocer las obligaciones del Estado peruano en relación al derecho a la consulta.

Asimismo, siendo que el derecho a la consulta mantiene una intrínseca relación con el derecho a la autodeterminación, para una mejor comprensión de la finalidad y de la estructura del proceso de la consulta resulta importante tener claridad sobre dicha relación sustantiva-procesal.

1. De los instrumentos normativos internacionales y la normatividad nacional vigentes

En este apartado se revisarán los instrumentos internacionales que han reconocido el derecho a la consulta, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; y, la jurisprudencia internacional desarrollada.

Asimismo, se hará mención de instrumentos nacionales, que han tratado de desarrollar -no necesariamente de manera adecuada- este derecho:

- Ley General del Ambiente, dada por Ley N° 28611;
- Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobada por Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH;
- Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidos, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG;
- Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM;
- Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2008-EM.

1.1 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El derecho a la consulta ha sido reconocido mediante el Convenio 169 de la OIT (Convenio 169) y es considerado la base fundamental para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

En el Perú dicho Convenio se encuentra vigente desde el 02 de febrero de 1995 tras su ratificación mediante Resolución Legislativa N° 26253 de fecha 05 de diciembre de 1993 y depósito internacional realizado el 02 de febrero de 1994, por lo que estamos ante un derecho plenamente exigible en los tribunales nacionales e internacionales.

Es un Tratado de Derechos Humanos:

Dicho Convenio 169 es un instrumento de derecho internacional cuya naturaleza jurídica es la de un tratado de derechos humanos, definido así por su contenido, su objeto y

fundamento. Así, a partir de su preámbulo, se busca garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas tales como el derecho de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones. Asimismo, sus preceptos se basan en otros instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que se puede mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Entonces se puede afirmar que el Convenio 169 es un tratado que versa sobre los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas.**

Rango Constitucional del Convenio:

Es importante definir la naturaleza jurídica del Convenio pues en el ordenamiento jurídico peruano se ha establecido un tratamiento distinto a los tratados de derechos humanos de los demás tratados internacionales. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados de derechos humanos constituyen un parámetro de constitucionalidad en derechos y libertades pues a partir de ellos se interpretan derechos y libertades reconocidos en la Constitución.⁵ Además, se ha pronunciado afirmando que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman el ordenamiento si no que, ostentan rango constitucional.⁶ El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución Política del Perú ha llegado a esta conclusión a partir de una lectura sistémica del cuerpo jurídico con especial hincapié en los artículos 3°, 55°, 57° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁷.

Esto significa que los derechos reconocidos en el Convenio 169 ostentan rango constitucional por lo que ninguna norma del ordenamiento nacional podrá contraponerse al contenido de dicho Convenio y aún cuando ello ocurriera la norma en cuestión podría ser declarada inconstitucional.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22 y 61

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC

⁷ **Artículo 3.- Derechos Constitucionales. 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.

Artículo 55.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 57.- Tratados Ejecutivos

El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales

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.

Naturaleza Auto aplicativa o Programática de los preceptos del Convenio 169:

Por otro lado, también resulta necesario determinar la naturaleza de los preceptos contenidos en el Convenio 169, es decir si corresponden a una naturaleza auto aplicativa o más bien resultan ser programáticos⁸ Es decir, si el Estado a pesar de haber ratificado el Convenio podrá excusarse a nivel internacional en alusión a la flexibilidad y teniendo en cuenta las condiciones de cada país que refiere el artículo 34° del convenio en cuestión. Al respecto, Bank afirma que en tanto se trate de derechos reconocidos mediante tratados de derechos humanos ratificados por el Estado en cuestión y si tales derechos son expresados de modo concreto en el mismo tratado y el Estado ha reconocido dicha norma como parte de su ordenamiento nacional se puede calificar a tales normas como auto aplicativas⁹. **En el caso del Convenio 169 y el derecho a la consulta reconocido se puede establecer que se trata de un derecho concreto pues de la lectura misma del Convenio no se alude a la necesidad de contar con una Ley interna para su aplicación.**

La importancia del Convenio 169 radica en que es un documento que pone de manifiesto la evolución en la manera de comprender y reconocer a los pueblos indígenas. Así, el Convenio 107 de la OIT (1957) que es el tratado que antecede al 169, desarrolla los derechos de los pueblos indígenas bajo una concepción asimilacionista tendiente a la integración a la modernidad de dichos pueblos.¹⁰ Además, en dicho Convenio (107) no se mencionaba al derecho a la consulta ni se reconocía a los pueblos indígenas como tales. Con los años este documento fue duramente criticado por lo que en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169, el cual ha sido ratificado por 20 países de los cuales 13 son Estados latinoamericanos. Siendo que el mayor reconocimiento logrado por los pueblos indígenas en este Convenio (169) es el derecho a poder decidir sus propias prioridades en lo que se refiere al desarrollo. La importancia de este reconocimiento será analizada posteriormente en específico.

Finalmente, cabe mencionar que el Convenio 169 mantiene su vigencia al no haber sido materia de denuncia del Estado peruano por lo que sus preceptos son de obligatorio e inmediato cumplimiento.

1.2 La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En setiembre del año 2007 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (La Declaración). Este instrumento es resultado de más de 20 años de debate y presión internacional de los pueblos indígenas de todo el mundo y fue aprobado

⁸ Esta afirmación se hace en alusión al artículo 34° del Convenio 169.

Artículo 34. La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

⁹ Bank, Ronald. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento alemán. En: Revista Ius et Praxis · Año 9 N° 1. Version On Line: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100004&script=sci_arttext

¹⁰ Rodríguez G., César (Editor General). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. 2009. Colombia Programa de Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes - Facultad de Derecho. Pág. 11.

mayoritariamente, con 143 votos a favor. En esta Asamblea mundial, 4 países votaron en contra, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda y 11 países se abstuvieron, Azerbaijón, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania.

La Declaración es un instrumento muy importante en el reconocimiento de los derechos indígenas pues muestra el innegable consenso al que han arribado los Estados con las organizaciones indígenas de todo el mundo en los últimos años. Sin embargo, la naturaleza jurídica de dicho instrumento no permite que sus preceptos sean de obligatorio cumplimiento para los Estados que aprobaron la Declaración.

Cabe recordar que para las Naciones Unidas una declaración de la Asamblea General es un tipo de resolución y, por tanto, estrictamente hablando, tiene el valor de una recomendación para los Estados, no una fuerza vinculante. Sin embargo, la declaración es un ejemplo muy especial de resolución. En efecto, se la considera “un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible”¹¹. Es decir que si bien la Declaración no tiene una fuerza vinculante en el ámbito jurídico, si la tendrá en el ámbito político y moral.

A lo largo de la historia se ha podido notar que las Declaraciones de Naciones Unidas habitualmente dan impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante¹². Más aún, en la práctica, los derechos y estándares proclamados en una declaración determinada comienzan a invocarse inmediatamente a su aprobación por organizaciones no gubernamentales y movimientos de derechos humanos en sus campañas en pro del respeto de determinados derechos, independientemente de su carácter jurídico de *soft law*; del mismo modo, las declaraciones contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de las cortes u otros órganos de protección de los derechos humanos, sean internacionales o regionales.¹³

Se debe tener en cuenta que el proceso de aprobación de la Declaración se ha prolongado por más de veinte años de discusión en el seno del Grupo de Trabajo encargado de su elaboración, siendo que en este proceso destacó la participación del Estado peruano, el cual presidió dicho Grupo de Trabajo en los momentos finales de la redacción y presentó el texto final de la Declaración a fin de que sea aprobado por el Consejo de Derechos

¹¹ Armando F., Carlos. El Mundo Moderno de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor de Thomas Burgenthal. IIDH. San José, Costa Rica, 1996. Pág. 257-258.

¹² Por mencionar algunos casos se tiene la Declaración del Niño, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial que fueron precedidas cada una de ellas por un respectivo Convenio con fuerza vinculante. En: Zalaquett D., José. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Pág. 142. Documento disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl

¹³ Loc. Cit.

Humanos y posteriormente por la Asamblea General.¹⁴ Lo cual muestra un claro compromiso asumido por el Estado peruano con los pueblos indígenas frente a la comunidad internacional.

Además, a partir de lo establecido en el artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 se puede señalar que los derechos reconocidos en la Declaración, en tanto guardan relación con la dignidad del hombre, tendrán rango constitucional, pues de la lectura del artículo no se hace necesario ni siquiera que la disposición se encuentre contenida en un tratado ratificado por el Estado peruano.¹⁵

No es extraño este tipo de disposiciones en los instrumentos de reconocimiento de derechos pues se entiende como una cláusula abierta a fin de que los derechos inherentes a la dignidad de la persona que sean posteriormente aceptados a nivel internacional puedan ser tutelados.¹⁶

Asimismo, es preciso mencionar que desde la aprobación de la Declaración diversas organizaciones intergubernamentales la han empleado en el desarrollo de sus Informes, Recomendaciones y Resoluciones¹⁷, lo que nos puede dar una muestra de la aceptación que tiene en el desarrollo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de las acciones que los Estados deben tomar para garantizar el respeto de tales derechos.

Una característica particular de la Declaración es el artículo 42^{o18} mediante el cual se establece expresamente al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas como una de las entidades intergubernamentales encargadas de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Declaración. Cabe precisar, que este tipo de disposición es característica de los instrumentos convencionales de derechos humanos¹⁹ y no de las Declaraciones pues en tanto no son de obligatorio cumplimiento no tiene razón de ser un órgano de control. No obstante, la Declaración si lo incorpora por lo que el Foro

¹⁴ El texto final presentado por el Presidente del Grupo de Trabajo: Luis Enrique Chavez (Perú) se encuentra en: E/CN.4/2006/79. En: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/119/49/pdf/G0611949.pdf?OpenElement>

¹⁵ Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Vol. 01. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 1999. Pág. 552.

¹⁶ Ibid. Pág. 553.

¹⁷ Durante el 2009 el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas ha publicado Informes toman de referencia a la Declaración, entre ellos: Informe A/HRC/12/34. El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas.

¹⁸ Artículo 42 (Declaración Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas)

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

¹⁹ Así, de acuerdo a cada Convenio podemos mencionar su respectivo órgano de control. Entre ellos: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT) y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - Subcomité para la Prevención de la Tortura, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)

Permanente ha emitido un documento donde precisa las acciones que desarrollará al amparo de la Declaración²⁰.

Finalmente, es importante mencionar la relación que hay entre el Convenio 169 y la Declaración pues ambos instrumentos desarrollan el contenido de los derechos de los pueblos indígenas, siendo la Declaración el avance más importante en la medida que clarifica algunos vacíos del Convenio 169. El propio Convenio y las normas de la OIT permiten una mejor interpretación para los derechos que contiene.²¹ Asimismo, en la Guía para la Aplicación del Convenio 169 realizada por la OIT se afirma que “ambos instrumentos son compatibles y se reafirman mutuamente”²². Por lo que se podría concluir que el propio Convenio establece que sus disposiciones podrán ser interpretadas bajo preceptos emitidos con posterioridad en la medida que se otorgue un mayor beneficio para los pueblos indígenas. De ahí que para los Estados que han ratificado el Convenio 169, entre ellos el Perú, la Declaración debe ser empleada para la interpretación de los derechos reconocidos por ambos instrumentos.

Por lo expuesto, se puede aseverar que si bien la Declaración no tiene fuerza vinculante jurídicamente si debe ser considerado en el Perú como un instrumento para la interpretación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas a partir del Convenio 169 tanto por las disposiciones mismas del Convenio como por el marco jurídico nacional.

1.3 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas también ha sido desarrollado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte), siendo por ello importante mencionar el carácter que tienen tales sentencias para el ordenamiento peruano.

El Sistema Interamericano incorpora a 35 estados de la región latinoamericana de los cuales 25 se han sometido a la competencia de la Corte, entre ellos el Perú²³. Ello, permite la

²⁰ Observaciones generales respecto de la aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas relativas a la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y al diálogo con el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y otros relatores especiales. E/C.19/2009/14.

²¹ **Artículo 35 (Convenio 169)**

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Artículo 19 (Constitución de la OIT)

En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

²² Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Pág. 26.

²³ En fecha 28 de julio de 1978 el Perú suscribió la Convención Americana y el 21 de enero de 1981 aceptó la competencia contenciosa de la Corte.

posibilidad de acudir a una vía supra nacional a fin de lograr el respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).

Es importante tener en cuenta que los mecanismos internacionales son complementarios y supletorios a los nacionales, por lo que deberán agotarse las vías judiciales internas de reclamación por el derecho vulnerado antes de acudir al sistema interamericano, salvo algunas excepciones previstas en el artículo 46 literal 2 de la Convención Americana. Asimismo, sólo la Comisión y los Estados partes tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (Art. 61° de la Convención Americana).

Entre los casos sobre derechos de los pueblos indígenas que se han sometido a decisión de la Corte tenemos:

1. Comunidad Mayagna(Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001. Serie C No 79
2. Comunidad Moiwana vs. Suriname. 15 de junio de 2005. Serie C No 124
3. Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. 17 de junio de 2005. Serie C No 125
4. Yatama vs. Nicaragua. 23 de junio de 2005. Serie C No 127
5. López Álvarez vs. Honduras. 1 de febrero de 2006. Serie C No 141.
6. Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay. 29 de marzo de 2006. Serie C No 146
7. Escué Zapata vs. Colombia. 4 de julio de 2007. Serie C No 165
8. Pueblo Saramaka vs. Suriname. 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172
9. Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008. Serie C No 190

Los derechos vulnerados en estos casos fueron:

- Propiedad comunitaria (art. 21)
- Participación política (art. 23)
- Identidad Cultural (art. 5)
- Garantías judiciales (art. 8)

De las sentencias mencionadas se puede anotar que ninguna está referida a un caso contra el Estado peruano, sin embargo los fundamentos jurídicos expresados son de observancia obligatoria.

Así las sentencias de la Corte son de aplicación directa e inmediata para el Estado sancionado y de modo indirecto lo es también para los demás Estados que se encuentran sometidos a la competencia de la Corte. A esa consecuencia se le conoce como el efecto indirecto o irradiador de las sentencias de la Corte,²⁴ pues sería absurdo que la Corte condene a un Estado por realizar una determinada conducta y permita a otro Estado

²⁴ Remotti C., Jose Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Editorial Moreno. Lima. 2004. Pág. 291-292.

realizarla impunemente. Tal efecto irradiador implica que los Estados deberán modificar su normativa legal, administrativa y jurisprudencial, aún cuando no hayan sido condenados a fin de armonizar un estándar mínimo de protección y garantía de los derechos humanos en el sistema interamericano.²⁵

Además, de lo mencionado, nuestro sistema jurídico nacional recoge en el artículo V del Código Procesal Constitucional que en la interpretación del contenido y alcance de los derechos constitucionales se deberá tener en cuenta las sentencias de la Corte²⁶.

Por lo expresado, podemos concluir que las sentencias de la Corte son de observancia obligatoria para el Estado peruano.

1.4 Marco jurídico nacional sobre el derecho a la consulta

En nuestra legislación nacional el derecho a la consulta ha sido precariamente abordado a partir de algunas normas jurídicas entre las que se pueden mencionar:

- **Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobado por Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH.**

En el Anexo que acompaña a esta Resolución se menciona en el concepto de identidad étnica y cultural el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169.²⁷ Sin embargo, la mención que se hace es sólo declarativa pues no ha logrado la implementación de herramientas que complementen este dispositivo por lo que se podría concluir que se trata de una norma que en la realidad no se aplica.

No obstante, es importante reconocer que la resolución en mención es una de las primeras normas nacionales internas que hace mención expresa al derecho a la consulta recogido en el Convenio 169.

- **Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo Nº 038-2001-AG²⁸**

²⁵ Ibid. Pág. 292.

²⁶ **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.

²⁷ **ANEXO (Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas a nivel nacional)**
IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

(...)El respeto a la identidad étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas, comprende:

(...) c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles.

²⁸ **Artículo 43.- Procedimientos de consulta para su creación (Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas)**

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 Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

De la lectura del artículo 43° de este Reglamento podemos notar que es conforme a lo establecido por el Convenio 169. Sin embargo la implementación de dicha norma se ha dado a partir de una guía con lineamientos para la realización de la consulta por lo que en la práctica se ha podido verificar que si bien han llevado a cabo experiencias exitosas también ha habido supuestos en los que la decisión final ha quedado a discrecionalidad de la autoridad de turno encargada de la categorización del ANP. Es decir que no se podría decir que se trata de una práctica plenamente eficaz en el marco del cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano respecto al Convenio 169.

Pese a ello, es importante mencionar que a partir de este reglamento se han llevado a cabo algunos intentos por desarrollar procesos de consulta con representantes de pueblos indígenas.

- **Ley General del Ambiente, dada por Ley Nº 28611.**

El artículo 72° de esta Ley²⁹ desarrolla aspectos importantes del derecho a la consulta para el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas habitadas por pueblos indígenas conforme a los instrumentos internacionales.

Lamentablemente, a pesar de ser un importante reconocimiento no se ha implementado mecanismos que aseguren la realización efectiva del proceso de consulta en el supuesto que se menciona en este artículo.

Asimismo, de este artículo se puede apreciar que aún en nuestra legislación interna no se ha logrado la implementación integral de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas a nivel internacional. Esto se verifica, por ejemplo con el empleo del término de tierra y no de territorio, pues en el sistema jurídico peruano sólo se reconoce la tierra y no así el territorio.

- **Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo Nº 012-2008-EM.**

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. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Decreto Legislativo Nº 613.

²⁹ **Artículo 72.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas (Ley General del Ambiente)**

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

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

En este Reglamento se hace mención al proceso de consulta como mecanismo de participación ciudadana en el cual se involucra tanto a la población en general como a los representantes de los pueblos indígenas.

Sin embargo, el proceso de consulta que se alude en la presente norma si bien cuenta con algunas de las características reconocidas en el Convenio 169 y la Declaración da muestras de tratarse de un proceso informativo y no uno de consulta.³⁰

De la revisión de los artículos pertinentes del Reglamento se nota que con la promulgación de esta norma no se pensó en la implementación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas conforme al Convenio 169, pues se plantea al proceso de consulta como un mecanismo sólo de información recíproca, es decir el Estado informará del proyecto de hidrocarburos que realizará de forma inminente y a su vez la población le informará al Estado de sus preocupaciones.

Si bien la consulta, conforme al Convenio 169, necesariamente debe caracterizarse por ser un proceso informativo éste no es el único requisito sino que se debe privilegiar la realización de un proceso de diálogo. Del análisis del Reglamento se puede advertir que no se cumple con este requisito fundamental por lo que la consulta desarrollada en su

³⁰ **Artículo II.- Objeto y Naturaleza de la Participación Ciudadana**

2.1 La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, (...)

2.2 Este proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto. (subrayado nuestro)

2.3 Este proceso garantiza el interés del Estado de promover una mayor Participación Ciudadana, conociendo las observaciones y opiniones de la población interesada, a efectos de ser evaluadas por la Autoridad Competente. (subrayado nuestro)

Artículo III.- De los derechos de los pueblos indígenas

(...) La Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas deberá ejercerse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios, en el marco del artículo II del Título Preliminar del presente Reglamento. (subrayado nuestro)

Artículo 6.- Desarrollo de los procesos a cargo de PERUPETRO S.A.

Al inicio del proceso de negociación o concurso y previo al envío del proyecto de Contrato al Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A. informará a través de su página web y mediante comunicaciones dirigidas a los representantes de los Gobiernos Regionales, Locales y organizaciones representativas de las Poblaciones Involucradas, de las áreas de los lotes donde se desarrollaría la actividad, lo siguiente:

- a. Lista de Contratos en negociación o concurso con indicación de la fecha de inicio.
- b. Mapa de lotes.
- c. Empresa (s) petrolera (s) interesada (s)
- d. Criterios para la selección de las Empresas

Al inicio del proceso de negociación o concurso, PERUPETRO S.A. deberá realizar Eventos Presenciales con el objeto de conocer las percepciones locales respecto al proyecto que se prevé ejecutar. La información generada será remitida al Registro de Actuaciones de la DGAAE. Asimismo, PERUPETRO S.A., una vez suscrito el Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, informará a través de el (los) Evento (s) Presencial (es), lo siguiente:

- a. Empresa Petrolera adjudicataria.
- b. Número del Decreto Supremo que autoriza la suscripción del Contrato.
- c. Criterios utilizados para la calificación de las Empresas.
- d. Modalidad de contratación utilizada, de ser el caso.
- e. Mapa del área del Contrato (Lote).
- f. Programa de actividades a desarrollar.
- g. En el caso del Evento Presencial, PERUPETRO S.A. procederá a presentar al Contratista ante la población del área de influencia.

texto no es conforme al Convenio 169. Más adelante abordaremos la importancia de la concurrencia de todos los requisitos en el proceso de consulta.

Además, resulta importante tener en cuenta que la propia OIT se ha expresado respecto del Reglamento en cuestión. Así, en febrero de 2010 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (la CEACR), en el marco de 80ª Reunión, publicó diversas observaciones para el Estado peruano, entre ellas, hizo referencia explícita al Reglamento en análisis considerando que la finalidad de consulta descrita en dicho texto era *“mucho más limitada de lo dispuesto en el Convenio 169”*.³¹ Asimismo, resalta la importancia de establecer un diálogo genuino entre las partes interesadas a través del proceso de consulta pues ello puede desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.

- **Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM.**

En este Reglamento se hace mención expresa del Convenio 169, sin embargo al igual que en el caso anterior el mecanismo implementado busca solamente informar a la población involucrada en general, lo cual incluye a los pueblos indígenas si es que habitasen el área entregada en concesión.

Además, el mecanismo de información implementado en dicho Reglamento es posterior a la concesión que hace el Estado a la empresa minera. Es decir que primero se aprueba la concesión y luego se inicia el proceso de “consulta” a la población.

En nuestro país, los conflictos socio ambientales corresponden en su mayoría al desarrollo de actividades extractivas.³² Por ello, si resulta imperativo tener claridad sobre el mecanismo adecuado para consultar a los pueblos indígenas, que como ya hemos mencionado gozan de un derecho especial reconocido en instrumentos internacionales aprobados por el Estado peruano.

Asimismo, en esta norma si bien se menciona inicialmente que el proceso de consulta debe realizarse antes del otorgamiento de la concesión, en el desarrollo posterior del texto sólo se menciona a la “consulta” con posterioridad al otorgamiento de dicha concesión.

La CEACR de la OIT también ha hecho referencia a esta norma en las recientes observaciones publicadas en febrero de 2010. Al respecto, la CEACR ha expresado que el Reglamento en cuestión presenta limitaciones pues se contempla la posibilidad de la

³¹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Febrero 2010. En: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>

³² Según Reporte de Conflictos N° 68 de la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, octubre 2009. Pág. 4.

participación ciudadana con posteridad al otorgamiento de la concesión minera, lo que no cumple con lo previsto por el Convenio. Además enfatiza en que las meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio. Por ello, la CEACR ha instado a que el gobierno adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 6º, 7º y 15º del Convenio.

2. Relación entre el Derecho a la autodeterminación y a la consulta:

Durante mucho tiempo los Estados concibieron que los territorios y los propios pueblos indígenas se encontraban bajo su dominio y tutela absolutos, de ahí que se entendieran bajo su sólo dominio y expuestos a su sola decisión³³. Tras largos años de lucha por el reconocimiento se logró que en el Preámbulo y el artículo 7º del Convenio 169 de la OIT se plasmen las aspiraciones de los pueblos indígenas en relación al control de sus instituciones, forma de vida y modelo de desarrollo y el derecho a decidir respecto de sus propias prioridades, respectivamente. Ello refleja un cambio del modelo tutelador de los indígenas a uno donde se reconozca el derecho a asumir el control de sus instituciones y sus vidas.

Se hizo pues necesario contar con mecanismos, como el de la consulta, que permitieran la materialización del derecho a la autodeterminación ya sea mediante la toma de decisiones o interviniendo en los espacios de discusión. Por ello, bien podría decirse que el derecho a la consulta permite asegurar el ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Entonces, en tanto el derecho a la consulta garantiza el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación no estamos ante un mero acto de trámite administrativo, sino que se trata de un proceso que debe involucrar la generación del diálogo y la confianza entre las partes a fin de lograr un acuerdo y que supone la observancia de ciertas características.

Así lo ha establecido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte) en el párrafo 133 de la sentencia *Saramaka Vs Surinam* de 2001.

“(…)

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener

³³ Yrigoyen, Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento. Instituto Internacional Derecho y Sociedad – IIDS. Lima, enero, 2009. Pág. 1.

como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones...(el subrayado es nuestro)

Pese a que los Estados durante mucho tiempo han sido reacios al reconocimiento del derecho a la autodeterminación limitando el contenido de tal derecho a la posibilidad de formación o secesión de Estados³⁴, en la actualidad se cuenta con instrumentos que reconocen los derechos a los pueblos indígenas, razón por la cual la exigencia de dichos pueblos a derechos como a la autodeterminación y a la consulta resulta plenamente amparable jurídicamente.

IV. Algunos aspectos relevantes del derecho a la consulta

Como hemos mencionado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, conforme a los instrumentos internacionales que son de observancia para el Estado peruano reviste aspectos que importa mencionar a fin de verificar que a la fecha en nuestro país no se ha logrado una adecuada implementación de dicho derecho en nuestro sistema tanto a nivel legislativo como administrativo.

1. Sujeto activo del derecho a la consulta: El Estado Peruano.

La determinación del sujeto activo del derecho a la consulta importa, pues en caso de incumplimiento de la obligación se debe tener claridad sobre quien recae la responsabilidad.

Como hemos mencionado el derecho a la consulta se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales que han sido aprobados por el Estado peruano lo que refleja el compromiso adquirido con la comunidad internacional en relación al cumplimiento de los preceptos contenidos en dichos instrumentos. De ahí que se pueda establecer que la obligación de realizar la consulta recae en el Estado peruano o de lo contrario la comunidad internacional podrá sancionarlo por incumplir con el acuerdo. De ninguna manera se debe entender que el Estado puede compartir su obligación con las empresas

³⁴ Andrew Gray, Derechos Indígenas y desarrollo. Autodeterminación en una comunidad amazónica. Berghahn. Oxford, 1996. Pág. 368.

privadas que planean realizar actividades en nuestro país, pues el Estado debe asegurar un proceso de consulta imparcial. Ello significa que el proceso de consulta debe ser asumido plenamente por el Estado peruano.

Asimismo, los mismos representantes de los pueblos indígenas podrán colaborar en la coordinación y ejecución del proceso de consulta mas no podrían asumir la responsabilidad de la conducción, pues es el Estado peruano quien ha asumido la obligación. Por lo que si se presentase un caso en algún tribunal internacional, el Estado de ningún modo podría alegar la participación de representantes indígenas como causal de exclusión de responsabilidad.

2. Sujeto Pasivo: Los Pueblos Indígenas

En nuestro país aún resulta complejo comprender que los pueblos indígenas gocen de un derecho que pudiera parecer a primera impresión que ellos tienen un mayor beneficio que el resto de los ciudadanos. No obstante, históricamente la población indígena ha sido excluida y luego de muchos años de lucha se ha logrado el reconocimiento de sus derechos a nivel internacional. Por ello, luego de la aceptación de la actual situación de desigualdad en la que viven los pueblos indígenas se afirmó la necesidad de otorgar derechos que busquen poner fin a las circunstancias de discriminación.³⁵

En tanto el derecho a la consulta ha sido reconocido a los pueblos indígenas se deberá determinar quienes están comprendidos en dicho concepto. Así, a partir de los artículo 89° de la Constitución, artículo 2° del Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA y artículos 7° y 8° de la Ley de Comunidades Nativas y Amazónicas³⁶ se puede notar que el Estado peruano reconoce a las comunidades nativas y campesinas como organizaciones representativas de los pueblos indígenas en el Perú, y se señala en tales normas algunas características que deben presentar los grupos en mención como el idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso. Además, según la Ley 28736, Ley de Pueblos Indígenas

³⁵ Guía para la Aplicación del Convenio 169 OIT. Op Cit. 2009

³⁶ **Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas (Constitución Política del Perú)**

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Artículo 2.- Definiciones. (Reglamento del INDEPA. Decreto Supremo N° 065-2005-PCM)

Pueblos Andinos.- Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa.

Pueblos Amazónicos.- Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

En este Reglamento a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas.

Artículo 7.- (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva – Decreto Ley 22175)

El Estado reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas.

Artículo 8.- (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva – Decreto Ley 22175)

Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Aislados o en Contacto Inicial³⁷, se reconoce a los grupos que no se hallan en contacto con la población como pueblos indígenas. De ahí que se pueda establecer que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en Comunidades Nativas, Campesinas o habiten en Reservas Indígenas reconocidas.³⁸

En febrero de 2009, la Comisión de Expertos para la Aplicación de Recomendaciones y Convenios de la OIT, emitió algunas Observaciones en su 79° Período de Reuniones siendo que para el caso de Perú señaló que “la definición de pueblo indígena se encuentra dispersa en diversas normas en Perú se utilizan diversas categorías para referirse y reconocer a los pueblos indígenas y como resultado no queda claro a quién se aplica el Convenio.”³⁹ En dicho documento se agrega que en la actualidad no se ha incluido en la Constitución el reconocimiento a los pueblos indígenas y que hay una distinción en el tratamiento de los pueblos indígenas sea que estén en la Amazonía, sierra o costa del país. Por ello, dicho organismo de control del cumplimiento del Convenio 169 recomienda al Estado peruano que desarrolle un criterio unificado a fin de poner fin a las confusiones que se han dado a la fecha. Además insta a que el gobierno tome todas las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo queden cubiertos por las disposiciones y gocen de tales derechos en igualdad de condiciones.

Este año (2010) la CEACR ha mantenido esta observación y resalta la necesidad de establecer una definición de pueblos indígenas u originarios del Perú en consulta con los pueblos indígenas del país. Asimismo, el concepto que se señale deberá contener necesariamente el atributo de auto identificación, pues la propia Convención lo recoge como uno de sus elementos.⁴⁰

Será importante tener en cuenta los elementos desarrollados a nivel internacional sobre las características de los pueblos indígenas. Así, el Convenio 169 y la Declaración aportan elementos que bien valdrían la pena sean tomados en cuenta en el desarrollo normativo nacional. Esos elementos son:

- **Objetivo**, referido a las características que presentan los pueblos indígenas mas no sería necesario que concurren todas para el reconocimiento como miembro indígena. Entre tales características se puede mencionar: el origen de los miembros de tales pueblos y su

³⁷ **Artículo N° 2 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley 28736)**

a) Pueblos indígenas.- Aquellos que se auto reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

³⁸ Actualmente el Estado peruano ha reconocido 5 Reservas Indígenas: Nahua, Kugapakori, Nanti y otros, Mascho Piro, Madre de Dios, Murunahua, Ischonahua.

³⁹ Observaciones de la Comisión de Expertos para la Aplicación de Recomendaciones y Convenios de la OIT en su 79° Período de Reuniones siendo de Febrero 2009, Pág. 3.

⁴⁰ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Febrero 2010. Op. Cit.

existencia desde antes que se forme el actual Estado, conservar sus instituciones culturales, sociales y económicas, conservar sus tradiciones y costumbres, entre otras.

- Subjetivo, que es el auto reconocimiento que se refiere a la identificación que hace el propio miembro del pueblo indígena de sí mismo, reconociéndose como parte de un pueblo indígena.

Adicionalmente, se debe tener presente que el Convenio 169 y la Declaración establece que la consulta se realiza a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. De ahí que podamos manifestar que se trata de un derecho que se ejerce colectivamente a través de los representantes designados por los propios pueblos indígenas. En ese mismo sentido ha opinado la propia OIT en su Guía para la Aplicación del Convenio 169, sobre las instituciones indígenas “La existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que distingue a los pueblos indígenas de otros sectores de la población nacional.”⁴¹

Entre los derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas por el Convenio 169 podemos mencionar el derecho a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, culturales y políticas pues su existencia conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que los distingue de otros sectores de la población nacional.⁴² A partir de la lectura del artículo 6° del Convenio 169 y el artículo 19° de la Declaración⁴³ se puede establecer que la institucionalidad indígena es vital para la consulta y participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.

A pesar de lo complejo que pudiera resultar la identificación de las instituciones indígenas, los órganos de control de la OIT⁴⁴ así como el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas han indicado la importancia de asegurar su participación en aras que el proceso de consulta sea acorde con lo establecido en el Convenio y la Declaración.

3. Objeto a consultar

⁴¹ Guía para la Aplicación del Convenio 169. Op. Cit. Pág. 49.

⁴² Ibid. Pág 62.

⁴³ **Artículo 6 (Convenio 169)**

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 (...)

Artículo 19(Declaración)

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.

⁴⁴ “Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”. En: Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, párrafo 44.

¿Se deberán consultar a los pueblos indígenas todas las iniciativas del Estado, antes de emprenderlo? No. De acuerdo con lo que se establece en el Convenio 169, la Declaración y las resoluciones del Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana se someterá a consulta de los pueblos indígenas las medidas legislativas, administrativas y los proyectos a gran escala que sean susceptibles de causar afectación en dichos pueblos. En ese sentido lo han establecido los artículos 6° y 15° del Convenio 169 y el artículo 19° de la Declaración.

Adicionalmente, en la Declaración el artículo 32⁴⁵ incorpora la necesidad de contar con el consentimiento cuando se vaya a implementar un proyecto que afecte a las tierras o territorio y otros recursos de los pueblos indígenas. De igual modo, lo ha establecido la Corte Interamericana en la Sentencia del Caso de Saramaka Vs. Surinam⁴⁶ señalando la obligación del Estado de realizar la consulta previa a la aprobación de proyectos de gran envergadura que posiblemente afecten a los pueblos indígenas debiéndose obtener necesariamente el consentimiento para el desarrollo de los mismos.

De lo expresado podemos concluir que de acuerdo con los actuales estándares internacionales que son de obligatoria observancia para el Estado peruano debe realizarse un proceso de consulta previamente a la promulgación de medidas legislativas, administrativas y al desarrollo de mega proyectos.

4. Características (respeto de costumbres, previa, libre e informada)

Como hemos revisado anteriormente en nuestro país contamos con legislación que hace referencia a procesos de consulta por lo que resulta trascendental conocer las características de la consulta referidas en los instrumentos internacionales. De este modo se podrá confirmar que los mecanismos de “consulta” planteados en nuestro país no se adecuan a lo planteado a nivel internacional.

4.1 La Consulta debe ser previa

Esto quiere decir que la consulta se debe realizar de modo previo a la adopción de la medida sea ésta administrativa o legislativa o a la decisión de realizar proyectos a gran escala que afecten a las poblaciones indígenas que habiten en el área de influencia de la medida o proyecto.

⁴⁵ **Artículo 8°: (Declaración)**

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

⁴⁶ En ese mismo sentido pueden revisarse además el párrafo 17 y 19 del Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) del 12 de mayo de 2009; y párrafo 19 del Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile del 24 de abril de 2009.

En ese sentido el Relator, James Anaya, ha expresado la importancia de que el proceso de consulta inicie con toda la anticipación que sea posible y que no se desarrollen estos procesos sólo cuando los Estado requieran la aprobación o no de una medida o proyecto.⁴⁷ Para ello, se deberá asegurar la participación de los pueblos indígenas en todas las etapas previas a la promulgación de medidas o inicio de proyectos.

4.2 El proceso de consulta como proceso de diálogo

La OIT ha expresado que la consulta debe entenderse como una oportunidad de diálogo entre los representantes de los poderes estatales y los pueblos indígenas mediante la cual se podrá lograr la reducción de conflictos. Asimismo, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.⁴⁸

De ahí que no se pueda decir que el Estado peruano cumpla con la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante la realización de un taller en la zona, pues como hemos visto lo que se debe privilegiar es la intención de llevar a cabo un diálogo entre las partes lo que involucrará la generación de confianza y un proceso previo de información adecuado y oportuno para asegurar que el diálogo se dé en igualdad de condiciones (al menos en lo relativo a alcance de la información). Podemos decir que el proceso de consulta no se puede verificar por la cantidad de talleres o reuniones que se realicen si no en el objetivo que se ha procurado en cada una de esas reuniones o talleres; tal objetivo debe ser el de llevar a cabo un proceso de diálogo con los pueblos indígenas que serían afectados por la emisión de normas o realización de proyectos en sus territorios.

Como se ha mencionado en la actualidad, para el desarrollo de actividades extractivas (hidrocarburos y minería) y demás sectores en general (salud, educación, transportes principalmente) no se ha implementado el proceso de consulta de acuerdo a los instrumentos internacionales pues como ya se ha mencionado anteriormente las normas que aluden a “consulta” se refieren a la ejecución de talleres o reuniones aisladas que no tienen por objetivo la generación de diálogo con los representantes de los pueblos indígenas con todo lo que ello pudiera significar.

4.3 La consulta debe realizarse de buena fe y respetando las costumbres

Como se acaba de mencionar la consulta debe tratarse de un proceso de diálogo para lo cual será necesario que el proceso se desarrolle con buena fe de ambas partes.

Es decir, que la consulta no debe ser entendida como un mero proceso formal que se realice con la única finalidad de cumplir con una norma sino que se debe buscar la

⁴⁷ Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile. Relator especial de naciones unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 24 de abril de 2009.

⁴⁸ Guía para la Aplicación del Convenio 169. Op. Cit. Pág. 59.

verdadera participación de los pueblos indígenas sobre la base de los principios de confianza y respeto mutuo entre ambos y con miras a obtener un acuerdo consensuado. Asimismo, el Convenio 169 y la Declaración señalan que la consulta se deberá llevar a cabo a través de los mecanismos que resulten adecuados a las circunstancias. Esta característica también guarda relación con la identificación de la consulta como proceso de diálogo, pues no se podría entender la generación de dicho diálogo sin la incorporación de medidas que busquen el entendimiento cabal de la información por parte de los participantes y también asegurar la participación plena y efectiva. De igual modo se debe tener en cuenta la accesibilidad de los pueblos indígenas a los mecanismos de consulta teniendo en cuenta las limitaciones materiales, temporales e institucionales existente.⁴⁹

En la actualidad en nuestro país aún no se ha entendido al proceso de consulta como un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, sino como un mero proceso de información, ello ha llevado a que los mecanismos establecidos se realicen con miras a cumplir con la obligación de brindar información a la población (talleres) mas no con el objetivo de conocer sus prioridades de desarrollo.

5 Finalidad de la consulta (Resultado: Acuerdo o consentimiento)

El Convenio 169 y la Declaración establecen que la finalidad del proceso de consulta será lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas con respecto a la aprobación de la medida o la realización del proyecto.

De acuerdo con el artículo 6° del Convenio 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzarlos.⁵⁰ Sin embargo si luego del proceso de diálogo instaurado, el pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo.⁵¹ En ese sentido, cabe aclarar que el Convenio 169 no otorga derecho a veto a los pueblos indígenas frente a la capacidad de actuación del Estado, sino que busca el respeto del derecho de tales pueblos a decidir sobre sus prioridades de desarrollo.

⁴⁹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Pár. 32, pág. 8

⁵⁰ Guía Aplicación del Convenio 169. 2009. Op. Cit. Pág. 62.

⁵¹ Yrigoyen F., Raquel. Op. Cit. Pág. 14.

Cuestión distinta ocurre con la Declaración, pues en dicho instrumento ya no sólo se debe tener al consentimiento como finalidad, sino que se establece algunos casos en los que será necesario contar con el consentimiento de los pueblos indígenas previo a la adopción de la medida o realización de los proyectos. Así, la Declaración incorpora tres supuestos para los cuales será necesario contar con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

En los artículos 10°, 29°. 2 y 32°.2 de la Declaración se señala que será necesario contar con el consentimiento previo antes de realizar desplazamiento de población, antes de almacenar y/o eliminar material y/o residuos peligros en territorio donde habitan poblaciones indígenas y antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Es decir, que en estos supuestos el Estado sólo se podrá realizar la acción cuando los pueblos indígenas involucrados hayan aceptado, luego de un legítimo proceso de diálogo, la realización de la medida.

La Corte en el 2007 en el caso de Saramaka Vs. Surinam se ha expresado en el mismo sentido respecto de los proyectos a gran escala que puedan producir un mayor impacto en el modo de vida de los pueblos, señalando que no sólo se deberá exigir la consulta sino además de ello el consentimiento.⁵²

La aplicación de este artículo en nuestro país significaría que los proyectos para la realización de actividades extractivas (mineras, hidrocarburos, hidroeléctricas) e infraestructura debieran necesariamente contar previamente con la aceptación de los pueblos involucrados. Hoy en día ninguno de los proyectos mencionados que se desarrollan en territorio de pueblos indígenas ha contado ni siquiera con un proceso de consulta.

6 Diferencias de otros derechos similares: participación, información y consentimiento

En este apartado se precisará las diferencias y similitudes del derecho a la consulta con el derecho a la participación, información y finalmente al consentimiento, a fin de tener una mayor claridad en cada uno de los derechos mencionados.

6.1 Del Derecho a la consulta y a la participación

Cabe precisar que el Convenio 169 (artículo 6°. b. y 7°. 1. y 2.) y la Declaración (artículo 5°, 18° y 23°) reconocen el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Pár. 134.

regional susceptibles de afectarles directamente. Se puede expresar que este derecho es más amplio que el derecho a la consulta pues se ejercerá desde la formulación de planes y programas incluso. Al igual que el derecho a la consulta el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un derecho colectivo el cual busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos en los planes y programas del Estado. La aplicación de este derecho se podrá ejercer a través de la participación en espacios políticos con un diseño de cupos especiales para los representantes de los pueblos indígenas, como en el caso de Colombia y Venezuela, por ejemplo.⁵³

En el Perú, el artículo 31° y 32° de nuestra Constitución Política⁵⁴ reconoce expresamente el derecho a la participación ciudadana que es un derecho individual distinto del derecho a la consulta. El derecho a la participación involucra como mecanismos al referéndum (que es un tipo de consulta ciudadana), iniciativa legislativa, remoción de autoridades, entre otros. Ninguno de estos procesos es reconocido como derecho colectivo de algún grupo en particular sino que se entienden aplicables a toda la población en general como una forma de participación en las decisiones políticas de los gobernantes. Asimismo, la consulta popular reconocida en nuestra Carta Magna no corresponde con las características necesarias del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

De lo expresado podemos concluir que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución mediante los artículos referidos a la participación ciudadana por cuanto estamos ante un derecho de naturaleza y objetivos distintos. No obstante, hay que tener presente que los instrumentos internacionales han reconocido el derecho colectivo a los pueblos indígenas a participar en la formulación y aplicación de planes y programas, derecho que aún no ha sido desarrollado normativamente en nuestro país.

6.2 Del Derecho a la consulta y a la información

Como se ha mencionado no se puede entender al derecho a la consulta de los pueblos indígenas como un mero proceso de información, sino que será necesario que a lo largo del proceso de consulta se otorgue toda la información relevante para la toma de decisión. El otorgamiento de la información se configura como una característica imprescindible de un adecuado proceso de consulta.

⁵³ Yrigoyen F., Raquel. Op. Cit. Pág. 12.

⁵⁴ **Artículo 31.- Participación ciudadana en asuntos públicos (Constitución Política del Perú)**

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (...)

Artículo 32.- Consulta popular por referéndum. Excepciones (Constitución Política del Perú)

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

Asimismo, en nuestra Constitución se reconoce entre los derechos fundamentales a las personas el derecho a solicitar información a las entidades públicas⁵⁵ el cual es un derecho que corresponde a cualquier individuo y no tiene por finalidad la generación de un diálogo entre la ciudadanía y el gobierno.

6.3 Del Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado

A diferencia del derecho a la consulta, el derecho al consentimiento requiere necesariamente la aprobación de los pueblos involucrados en el proceso de consulta de modo previo a la aprobación de la medida o proyecto. El derecho al consentimiento ha sido recogido en algunos supuestos como un requisito en la Declaración, ello significa un logro para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. El consentimiento supone que previamente se haya realizado un proceso adecuado de consulta pues de otro modo se podría estar antes un consentimiento viciado.

7 Entidad encargada de realizar el proceso de consulta

Los instrumentos internacionales mencionan que corresponde al Estado la obligación de realizar la consulta mas, en la medida en que corresponderá a cada Estado la adecuación, no se menciona el tipo de entidad que debiera asumir tal responsabilidad dentro de la estructura del Estado en cuestión.

En nuestro caso particular, en el dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR, N° 3698/2009-CR y N° 2016/2007-CR presentadas en el Congreso de la República para la regulación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas conforme al Convenio 169 se propone que la entidad que debiera asumir la responsabilidad de llevar a cabo el proceso de consulta debiera ser la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE. No obstante, considerar a la ONPE como la entidad rectora para la ejecución de los procesos de consulta sería entender a la consulta sólo como un proceso de participación ciudadana sin considerar las características particulares de ella, equiparándola con los procesos de referéndum por ejemplo. Asimismo, se debe tener en cuenta que por las características que reviste un proceso de consulta quien debe asumir la conducción y/o supervisión debe ser una entidad especializada en materia indígena que comprenda la interculturalidad de los pueblos indígenas del país.

Por otro lado, en el Informe “Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia”, elaborado por la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República se propone una

⁵⁵ **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona (Constitución Política del Perú)**

Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

fórmula legal para implementar en el procedimiento legislativo del Congreso la consulta previa a los pueblos indígenas. En dicha propuesta se plantea que los proyectos de medidas legislativas que vayan a ser revisados y aprobados en el Congreso de la República deberán ser analizados por una comisión a fin de decidir si tal medida afectaría a los intereses de los pueblos indígenas del país y en ese caso realizar el proceso de consulta. En la propuesta no se menciona quien sería la autoridad encargada del proceso de consulta en sí mismo.

Como se ha mencionado la consulta previa a los pueblos indígenas se deberá realizar cuando haya propuestas de medidas legislativas, administrativas o proyectos que vayan a afectar a los pueblos indígenas, por ello la determinación de que entidad será la encargada del proceso dependerá de cada supuesto.

Así, cuando se trate de una propuesta de medida legislativa corresponderá realizar el proceso de consulta al ente que va a aprobar dicha medida. Así, se podrá estar ante una propuesta de rango nacional (Congreso de la República), regional (Gobiernos Regionales) o local (Gobiernos Locales – Municipalidades Distritales) donde cada autoridad legislativa será la encargada de llevar a cabo la consulta. De igual modo ocurrirá con las propuestas de medida administrativa, correspondiéndole a la autoridad que prevea emitir el Reglamento o Directiva. En el caso de la aprobación de realización de proyectos de desarrollo la consulta estará a cargo de la entidad estatal encargada de la autorización de dicho proyecto.

En la medida en que la ejecución del proceso de consulta recaería en más de una entidad pública sería adecuado que tales procesos sean supervisados por una entidad especializada en materia indígena, a fin de asegurar el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. De ahí que, nos estaríamos refiriendo a dos entidades relacionadas a los procesos de consulta a los pueblos indígenas en el país: una de ellas encargada de llevar a cabo el proceso en sí mismo, que como se ha mencionado sería la entidad que propone la promulgación de la medida legislativa o administrativa o el proyecto de desarrollo de gran envergadura, y otra entidad especializada en materia indígena que se encargase de supervisar y asegurar el desarrollo del proceso de consulta de conformidad con los instrumentos internacionales.

V. Proceso de diálogo entre el gobierno y las organizaciones indígenas amazónicas

En junio del 2009 luego de los resultados de la protesta amazónica, el Gobierno decidió la conformación de espacios de diálogo con algunos representantes de los pueblos indígenas de la Amazonía a fin de revisar las demandas indígenas y que se construyera una propuesta conjunta a cada tema planteado.

1. Creación del Grupo Nacional y de la Mesa 3 sobre la Consulta a los pueblos indígenas

Mediante Resolución Suprema N° 117-2009-PCM del 10 de junio de 2009 se constituyó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos a cargo de la formulación de un Plan Integral de desarrollo sostenible para dichos pueblos, en los ámbitos de educación, salud, formalización de la titulación de la propiedad y otras que sean necesarias.

En este nuevo espacio de diálogo entre el Estado y los representantes de los pueblos indígenas de la Amazonía, la finalidad no sería solamente la de atender la solución concreta de los reclamos de las poblaciones amazónicas sino además, brindar un espacio de integración definitiva de tales poblaciones al resto de la nación peruana, con pleno respeto a su cultura e identidad.

El Grupo Nacional se conformó con los representantes del Gobierno Central (Ministerio de Agricultura, Ambiente, Energía y Minas, Mujer y Desarrollo Social, Salud, Educación, Transportes y Comunicaciones, Vivienda, Construcción y Saneamiento), de los Gobiernos Regionales Amazónicos (Loreto, Ucayali, Amazonas, San Martín, Madre de Dios, Cuzco, Huánuco, Pasco, Junín, Ayacucho y Cajamarca) y representantes de las organizaciones indígenas – Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana, AIDSESP y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú, CONAP.

Durante el mes de junio el Grupo Nacional sostuvo 04 reuniones las cuales estuvieron a cargo del Ministerio de Agricultura. El primer acuerdo de estas reuniones fue el levantamiento del estado de emergencia dado mediante Decreto Supremo N° 027-2009-PCM y N° 035-2009-PCM en las que se decretó dicho estado en zonas de los departamentos de Amazonas, Loreto, Ucayali, Cusco y Cajamarca, siendo esto una demanda de las organizaciones indígenas como muestra de voluntad para el fortalecimiento de la confianza necesaria para el diálogo entre los actores.

Asimismo, se acordó la conformación de Mesas de Trabajo, las cuales abordarían temas específicos del siguiente modo:

- Mesa 1: Diseño y composición de una Comisión Investigadora de los sucesos de Bagua
- Mesa 2: Discusión y propuestas de solución respecto a los decretos legislativos cuestionados
- Mesa 3: Consulta previa a los pueblos indígenas amazónicos
- Mesa 4: Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico

Salvo la Mesa 1, cuyo encargó fue la conformación de una Comisión que elabore un Informe sobre los hechos ocurridos en Bagua por la protesta indígena, a cada Mesa se le encargó la elaboración de una propuesta conjunta fruto del diálogo entre los

representantes del Poder Ejecutivo y los representantes amazónicos para los temas planteados.

Además, se concertó que cada Mesa cuente con un comité coordinador que incorporara a un representante del gobierno nacional, un representante de los gobiernos regionales y un representante de los pueblos indígenas (con excepción de la mesa 3 que cuenta con 02 representantes de los pueblos indígenas – AIDSESEP y CONAP).

Los representantes indígenas de la organización indígena AIDSESEP fueron Carlos Navas (Mesa 1), Alfonso López (Mesa 2), Lidia Rengifo, reemplazada luego por Denis Pashanase, finalmente reemplazado por Joel Bardales (Mesa 3), y Percy Amaro (Mesa 4).

2. Mesa 3: Consulta previa a los pueblos indígenas

Esta Mesa fue creada con el objetivo de elaborar una propuesta normativa de Ley Marco sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú (la propuesta) a fin de que ésta sea alcanzada al Congreso de la República para su debate y promulgación. Dicha propuesta normativa se elaboraría sobre la base del Proyecto de Ley N° 3370/2008 – DP, presentado por la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República el 06 de julio del 2009.

Desde el inicio del proceso se reconoció que la participación de los representantes de las organizaciones indígenas amazónicas no significaba la materialización del proceso de consulta pues en el proceso no se incorporaba a los indígenas andinos. Sino que se trataba de una participación activa en la construcción de este proyecto normativo, el cual debía ser sometido posteriormente a la consulta previa de los pueblos indígenas del país.

Desde la conformación de la Mesa 3: Consulta previa a los pueblos indígenas (16 de junio de 2009) se han llevado a cabo más de 07 reuniones a fin de poder cumplir con el objetivo por el cual se creó esta Mesa. Al término de dichas reuniones se logró alcanzar al Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos una propuesta legislativa sobre la consulta previa a los pueblos indígenas.

En esta mesa participaron como miembros del grupo coordinador: un representante de AIDSESEP, un representante de CONAP y un representante del Ministerio del Ambiente - MINAM. Posteriormente, se incorporó al grupo en mención, un representante del Ministerio de Agricultura – MINAG.

A partir de las reuniones sostenidas se puede señalar que la metodología que se empleó para el desarrollo de la Mesa se compuso de 03 fases: 1. Capacitación, 2. Presentación de Propuestas, 3. Discusión de Propuesta.

2.1 Capacitación

Durante la segunda reunión de la Mesa (04 de julio 2009) los participantes reconocieron la necesidad de contar con un espacio para la capacitación respecto de los instrumentos base que servirían para la elaboración de la propuesta normativa sobre el derecho a la consulta. Por ello, acordaron contar con una primera etapa de capacitación de los miembros de la Mesa.

Así, en las reuniones del 20 de julio, 12 y 13 de agosto se contó con la participación de personas y organizaciones invitadas conocedoras de la problemática indígena en cuanto al derecho a la consulta. Entre los invitados estuvieron Xavier Boudonet (Organización Internacional del Trabajo – OIT), Alicia Abanto (Defensoría del Pueblo), Alcides Chavarri (Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas – SERNANP), Javier Aroca (OXFAM), Handerson Casafranca (Congreso de la República), María Clara Galvis (Especialista en Derecho Constitucional - Colombia), Sorelly Paredes (Asesora en Consulta Previa – Colombia) y Roger Rodríguez (Tribunal Constitucional).

Estas reuniones de capacitación sirvieron para sentar las bases de la discusión del proyecto normativo que se dio posteriormente. Al final de cada reunión se anotaron en el acta del día las ideas principales que las partes consideraron importantes reconociéndose que servirían como ideas fuerza en la elaboración del proyecto mencionado.

Cabe resaltar entre las ideas anotadas en el acta, el reconocimiento del rango constitucional y la obligatoriedad de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, de la estricta vinculación que se debe observar a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la interpretación del derecho a la consulta a partir de varios instrumentos jurídicos como la Convención Americana y otro de derechos humanos.

Si bien en un inicio se percibió a la etapa de capacitación como innecesaria y muy prolongada se pudo constatar, en la etapa final de discusión de la propuesta, que fue muy útil en tanto los representantes de los pueblos indígenas aprendieron muchos de los sustentos jurídicos necesarios para la fundamentación de sus propuestas normativas. Asimismo, las ideas fuerza plasmadas en las actas sirvieron notablemente para la discusión de la propuesta con los representantes del poder ejecutivo.

2.2 Discusión de Propuestas

Al cabo de la reunión del 20 de julio se acordó que, en la siguiente reunión, el grupo coordinador presentaría una propuesta borrador del proyecto de norma, a fin de que los miembros participantes se lleven dicha propuesta borrador para presentarla en sus respectivas comunidades.

Al término de la siguiente reunión (12 y 13 de agosto) se contaba con 03 documentos presentados por parte de AIDSESEP, CONAP y MINAM por lo que se prefirió coordinar a fin de tener solamente un documento que haya sido consensuado entre todas las partes antes de trasladarlo a las bases de los pueblos indígenas y así evitar generar confusiones entre uno y otro documento.

Es preciso mencionar que de los 03 documentos presentados el único desarrollado como propuesta normativa fue el presentado por AIDSESEP pues tanto CONAP como el MINAM presentaron lineamientos que, a su criterio, debería contener el proyecto normativo sobre la consulta a los pueblos indígenas. Posteriormente, CONAP y AIDSESEP decidieron optar por la presentación conjunta de una propuesta normativa por lo cual sostuvieron diversas reuniones a fin de revisar la propuesta inicial de AIDSESEP con el objeto de recoger los aportes de CONAP.

Así, entre el 18 y 20 de noviembre del 2009, las organizaciones indígenas -luego de reunirse en diversas ocasiones- presentaron su propuesta conjunta a los representantes del Estado, quienes a su vez plantearon sus observaciones en las reuniones de discusión y debate. Hacia el 23 de noviembre del mismo año se logró contar con una propuesta de Ley marco sobre la consulta a los pueblos indígenas que recogiera los artículos consensuados y en los que no se logró consenso se evidenció las observaciones de los representantes del Poder Ejecutivo y los fundamentos que sustentan la propuesta indígena.

2.3 Elaboración de la Propuesta de las Organizaciones Indígenas

La propuesta presentada por AIDSESEP fue producto de una serie de reuniones realizadas en los meses de junio y julio donde participaron líderes indígenas de la Amazonía y representantes de la sociedad civil convocados por AIDSESEP para prestar apoyo técnico para la propuesta (Dr. Pedro García, CAAAP, IBC y DAR).

Se acordó que la propuesta que se desarrollaría tomaría de base jurídica el Convenio 169 y la Declaración, mientras que el Proyecto N° 330/2008-DP presentado por la Defensoría del Pueblo, sería el texto sobre el que se presentarían las propuestas.

Asimismo, se resaltó que el planteamiento en la mesa no podía pretender la constitucionalización del derecho a la consulta pues éste por el Convenio 169 y los artículos de la Constitución (Tercera y Cuarta Disposición Final y Transitoria) ya forma parte de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Durante el desarrollo de las reuniones de la Mesa 3 se consensuó que el debate entre las partes se realizaría sobre la base de la propuesta consensuada por las organizaciones indígenas amazónicas (AIDSESEP y CONAP).

Seguidamente, se pasará a abordar los temas principales que se desarrollaron en la propuesta indígena comentando a su vez la posición final de los representantes del ejecutivo.

A. Sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas:

Si bien hay un consenso doctrinario sobre la identificación del derecho a la consulta como la piedra angular sobre la que reposa los demás derechos reconocidos en el Convenio 169 el trabajo sugerido por las organizaciones indígenas no fue en el sentido de desarrollar una reglamentación de los artículos que hacen referencia a la consulta en dicho Convenio (artículo 6º y 15º), pues como ya se ha expresado la consulta no es un procedimiento administrativo ordinario sino que debe cumplir con algunas características necesarias, entre ellas la de ser adecuada a las circunstancias especiales sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones geográficas o institucionales de nuestro país. Por ello, plantearon que la propuesta debiera contener lineamientos generales orientados al cumplimiento efectivo del derecho a la consulta a los pueblos indígenas del Perú de acuerdo a lo establecido por los instrumentos internacionales (artículo 6º.2 y 15º del Convenio 169 y 19º y 32º de la Declaración). De este modo en lo referido al derecho a la consulta era necesario desarrollar en la Propuesta el contenido del derecho a la consulta, a quién se aplica, las características esenciales que deberá guardar todo proceso de consulta para ser considerado válido en el sistema nacional, los efectos jurídicos luego del proceso de consulta y la entidad responsable de su desarrollo adecuado.

Luego de la etapa de capacitación las partes consensuaron en que la propuesta normativa a trabajar no se referiría a una reglamentación del artículo 6º del Convenio 169, sino que sería una propuesta de lineamientos generales que se deberán tener en cuenta en todos los procesos de consulta.

Afectación de medidas legislativas o administrativas y ejecución de proyectos de desarrollo

Respecto a la afectación que se puede generar por la aprobación de medidas legislativas o administrativas, o ejecución de proyectos de desarrollo, las organizaciones indígenas consideraron, luego de sostener varias reuniones de diálogo con el Ejecutivo, que era necesario que la propuesta distinga entre uno y otro supuesto. Así, para el primer supuesto, aprobación de las medidas legislativas o administrativas, se planteó que siendo que en ambos casos necesariamente se conoce desde su formulación el alcance que dicha medida tendrá -es decir a quienes se aplicará concretamente- se podrá determinar quiénes serán los posibles afectados. De ahí que en estos supuestos sea posible indicar que la consulta se realizará a aquellos que sean directamente afectados. De lo contrario se permitiría que cualquier ciudadano miembro de un pueblo indígena demande ser consultado aún cuando la medida propuesta no le resulte aplicable. Por ello, para los

casos de medidas legislativas o administrativas el artículo 2° de la Propuesta, se consensuó en el siguiente sentido:

“b) Derecho de Consulta: Es el derecho de los pueblos indígenas a que la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, sea antecedida de un proceso de diálogo entre sus instituciones representativas y el Estado. El proceso de consulta es la obligación del Estado por la cual se garantiza la participación de los pueblos indígenas en sus decisiones y tiene por finalidad llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas, en el marco de un diálogo intercultural de buena fe, basado en la generación de relaciones que propicien la equidad y el respeto. El Derecho de consulta no otorga a las poblaciones derecho a veto.”

No obstante, en el supuesto de la autorización para la realización de proyectos de desarrollo (de gran envergadura), conforme lo ha establecido la Declaración (artículo 32°) y la Sentencia de la Corte (Saramaka Vs. Surinam, pár. 134), las organizaciones indígenas propusieron que no se haga distinción entre afectación directa e indirecta pues generalmente los impactos que se generan a consecuencia de la realización de proyectos de desarrollo (de gran envergadura) son en el medio ambiente de las personas que habitan en la zona y en la salud de ellos mismos, y que tales impactos no se pueden medir sólo respecto de la población directamente vinculada al proyecto pues también es probable que se generen impactos hacia poblaciones un poco más alejadas. Así, por ejemplo, la contaminación de una cuenca cabecera de río que resultase contaminada terminaría contaminando a su vez a sus efluentes, por lo que no sólo se afectaría a la población del entorno directo sino que se verían afectadas todas las poblaciones que hagan uso de las aguas de los efluentes del río contaminado. De ahí que para el supuesto de realización de proyectos de desarrollo no se haya considerado la distinción entre la afectación directa o indirecta, pues la generación de impactos no se pueden determinar en un sólo espacio geográfico ni temporal. De este modo, la Propuesta incluyó el siguiente texto:

“Artículo 42º.-En caso de proyectos de desarrollo y de aprovechamiento de Recursos naturales, la Entidad responsable de ejecutar la Consulta, deberá establecer el Proceso de consulta conforme al Convenio 169 de la OIT y la presente Ley, a fin de determinar si los intereses y los derechos de los pueblos indígenas se verán afectados y en qué medida antes que se autorice el desarrollo de la actividad.” (el subrayado es nuestro)

Pese a la argumentación expuesta, el artículo 42° de la Propuesta quedó observado por los representantes del ejecutivo aduciéndose que los Proyectos de Desarrollo no podían

ser sometidos a consulta por cuanto el Convenio 169 (artículo 15°. 2) no incluía este supuesto.

Oportunidad de la Consulta/Cuándo se realiza la consulta:

Respecto al carácter previo a la consulta, se estableció que el derecho a la consulta debe ser ejercido antes de la aprobación de alguna medida legislativa o administrativa. Esta idea ha sido consensuada entre los representantes del Estado y las organizaciones indígenas amazónicas y recogida en la propuesta en el artículo 2°. b.

Sin embargo, en relación a la propuesta de reconocer la obligación de realizar la consulta previa a la aprobación de Proyectos de Desarrollo (de gran envergadura) en territorios donde habitan pueblos indígenas conforme a los instrumentos internacionales, la Declaración en su artículo 32° y la Sentencia de la Corte Saramaka Vs. Surinam en el párrafo 134, no se logró consenso. La observación planteada por el Ejecutivo también se refería a que el Convenio 169 no estipula esto en ninguno de sus artículos.

En el artículo 42° de la propuesta, las organizaciones indígenas también plantearon que haya claridad en torno al momento de la realización de la consulta, esto es que se indicase expresamente que la consulta se debe realizar antes de la autorización del desarrollo del proyecto. Esto resulta de mucho interés pues a la fecha las entidades del Estado relacionadas con la ejecución de actividades extractivas o de infraestructura (actividades de desarrollo de gran envergadura) han implementado reglamentos de consulta posteriores a la autorización del proyecto, tales como el Reglamento de participación ciudadana para las actividades de hidrocarburos (D.S. Nº 012-2008-EM) y el Reglamento de participación ciudadana para las actividades mineras (D.S. Nº 020-2008-EM). En la mayoría de ocasiones las entidades del Estado han referido que la consulta se debe realizar antes de la actividad en sí misma (exploración, o explotación, por ejemplo) y no antes de la autorización. Como se ha explicado el derecho a la consulta es la materialización del derecho de los pueblos indígenas a escoger sus propias prioridades y modelo de desarrollo a seguir, por cuanto la consulta debe hacerse antes que el Estado decida realizar alguna actividad en territorio indígena.

Lamentablemente, los representantes del Ejecutivo alcanzaron su observación en el sentido que se debía modificar la redacción considerando lo que el Convenio 169 expresa en el artículo 15.2, es decir que se realice la consulta antes de autorizar cualquier programa de exploración o explotación de recursos. Dicha redacción se presta a la generación de confusiones; Por un lado para las entidades estatales la consulta se hace antes de cada pequeña actividad en sí misma (por ejemplo, una sísmica petrolera) y para los pueblos indígenas se deberá realizar antes del otorgamiento de la autorización para la realización de la actividad (por ejemplo, antes de la concesión del lote petrolero).

B. Sujeto Pasivo: Los Pueblos Indígenas

Contar con los lineamientos para la realización adecuada de la consulta en el país involucra necesariamente tener claridad sobre los sujetos pasibles de ser consultados. De ahí, que los instrumentos internacionales hayan señalado algunas características a tener en cuenta.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente en el Perú no se cuenta con un criterio uniforme respecto al término de pueblos indígenas, siendo que incluso organismos internacionales han llamado la atención sobre este punto. Por ello, uno de los temas trascendentales presentados en la Propuesta ha sido la definición de pueblos indígenas.

En ese sentido las organizaciones indígenas, sobre la base del Convenio 169 en sus artículos 1°, 5°, 8° y 13°, consideraron imprescindible que se plasme expresamente características intrínsecas a los pueblos indígenas como el auto reconocimiento, su existencia anterior a la conformación del Estado peruano y su determinación respecto a la conservación de sus territorios ancestrales y su identidad cultural. De este modo, la propuesta quedó redactada del siguiente modo:

“Artículo 2º.- Definiciones

Para los fines de la presente norma se entiende por:

a) Pueblos Indígenas: *Son grupos humanos que se auto reconocen como tales, descienden de las poblaciones que originalmente habitaban lo que hoy constituye el territorio del país, antes de la conquista. 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 pueblo. Los pueblos indígenas pueden estar organizados mediante comunidades nativas o campesinas. Las denominaciones, reconocidas legalmente o no, que se utilicen para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza ni sus derechos individuales y colectivos.”*

Sin embargo dicha propuesta fue observada por contener tres términos, que a decir de los representantes del Ejecutivo, son de interpretación discrepante en el marco legal nacional. Tales términos son: **originalmente, territorio y determinación.**

Por otro lado, en la Mesa de Diálogo se acordó incorporar en el artículo 4°.3⁵⁶ de la Propuesta que los pueblos indígenas podrían solicitar la realización del proceso de

⁵⁶ **Artículo 4º Sujetos del derecho a la consulta (Propuesta de Ley Marco de Consulta a los pueblos indígenas de la Mesa N°93)**
4.3. Los pueblos indígenas están facultados a solicitar el inicio de un proceso de consulta, así como su inclusión en los procesos ya iniciados, en caso de que consideren que serán afectados directamente por la medida legislativa o administrativa que se prevé aprobar o implementar, respectivamente.

consulta y/o su inclusión en procesos ya iniciados. Resultará importante contar con una base de datos oficial de los pueblos indígenas a efectos de materializar su participación en los procesos de consulta. La base de datos oficial daría cuenta de la conformación y actualización continua de los representantes de los Pueblos Indígenas. En la elaboración y actualización de dicha base de datos se deberá asegurar la participación de las instituciones indígenas representativas de los pueblos indígenas.

Es importante tener en cuenta el carácter declarativo mas no constitutivo de la base de datos en relación al reconocimiento de los pueblos indígenas, pues la inscripción en dicho registro no otorga la calidad de pueblo indígena sino que lo reconoce como tal. Por ello, se aclaró que el no figurar en la base de datos no excluirá a los pueblos indígenas de su derecho a la consulta, por lo que será exigible de acuerdo a la normativa (artículo 5° de la Propuesta).

Para la realización de la base de datos, las organizaciones indígenas plantearon al menos 02 criterios a tomar en cuenta: el objetivo y el subjetivo, planteados sobre la base de una lectura integral del Convenio 169, teniéndose en cuenta especialmente los artículos 4°, 5°, 8° y 13°.

“Artículo 6°.- Criterios para identificar a los pueblos indígenas

6.1 Para la identificación de los pueblos indígenas como sujetos colectivos, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- i. Elemento objetivo, constituidos por el territorio común, los estilos de vida, vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, patrones culturales y una manera de vivir particular, distintos de los otros sectores de la población nacional, así como instituciones sociales, costumbres y sistemas normativos propios. Características que pueden ser cumplidas total o parcialmente.*
- ii. Elemento subjetivo, constituido por la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de sectores de la población nacional. Los pueblos indígenas gozan de libre determinación en conformidad con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. (...)*”

Por su parte, los representantes del Estado expresaron sus observaciones en el sentido que consideraban que el texto debía quedar redactado de acuerdo a lo que estipula el artículo 1° del Convenio 169, es decir, se debía hacer mención a la descendencia originaria de los pueblos indígenas y a la conservación de la institucionalidad indígena social, económica o cultural.

Conforme se ha expresado, la consulta se debe realizar a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas no pudiéndose darse por realizado el proceso cuando sólo haya participado algunas de los pueblos indígenas involucrados. De este modo, la participación de los representantes de los pueblos indígenas se realizará conforme a los criterios geográficos y alcance de la medida propuesta pudiendo ser éste comunal, intercomunal, distrital, interdistrital, cuenca hidrográfica, provincial, interprovincial, regional, interregional o nacional (artículo 9° de la Propuesta).

C. Principios:

El derecho a la consulta a los pueblos indígenas debe cumplir con algunas características para considerar que se ha realizado adecuadamente. Dichas características en tanto deberán ser transversales a todo el proceso se incluyeron a modo de principios en la Propuesta realizada por la Defensoría del Pueblo a través del Proyecto N° 3370-2008-DP, presentado al Congreso de la República. Como se ha mencionado dicho Proyecto fue tomado como base para la elaboración de la Propuesta en el marco de la Mesa 3 de Diálogo. Entre los Principios desarrollados por Defensoría y tomados en cuenta para la Propuesta de la Mesa cabe resaltar el **“principio de libertad”** el cual se refiere a que la consulta no puede ser llevada a cabo bajo presiones o coacción; el **“principio de interculturalidad y flexibilidad”**, que reconocen la necesidad de emplear mecanismos apropiados para los pueblos indígenas de acuerdo a las condiciones geográficas y culturales; y, el **“principio de buena fe”**, referidos a que el proceso de consulta debe ser llevado a cabo en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo como características esenciales a seguir (artículo 3° de la Propuesta)

Adicionalmente, las organizaciones indígenas propusieron la incorporación de ciertos principios a fin de garantizar el adecuado desarrollo de los procesos de consulta en el país. Entre ellos: El **“principio de transparencia”**, referido a la obligación de los funcionarios públicos de alcanzar toda la información relevante para la toma de decisión de parte de los pueblos indígenas de modo oportuno, suficiente y necesaria, respetándose las brechas culturales a fin de lograr un verdadero diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado peruano.

Otro **“Principio propuesto fue el de Protección Efectiva”**, según el cual para la determinación de quienes serán afectados directamente en caso de aprobación de medidas legislativas o administrativas se debe considerar la definición de tierras dada por los instrumentos internacionales (Convenio 169, la Declaración y la Jurisprudencia vinculante), independientemente si el área está o no titulada. Siendo que las normas deben recoger no sólo principios universales sino que además estos deben adecuarse a la situación específica, se consideró sumamente relevante reconocer expresamente este principio; Sobre todo teniendo en cuenta la actual situación del reconocimiento formal en el sistema nacional de los pueblos indígenas, ya sea que se hallen inscritos como

comunidades, que hayan logrado la titulación de su territorio o que hayan logrado el reconocimiento sólo sobre una parte del territorio. Además, con la inclusión de este principio se podría decir que hay una coincidencia, si bien no expresa, respecto a la interpretación del concepto de tierra relacionándolo con el de territorio.

Otra importante propuesta realizada por las organizaciones indígenas ha sido la incorporación del **“principio de Jerarquía”**, a partir del cual se aborda el término de interés nacional. En ese sentido, se plantea que no se podrá invocar interés nacional u otra disposición como justificación para el incumplimiento de realizar el proceso de consulta. Esta idea se formula sobre la base de que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es un derecho fundamental de dichos pueblos y el Perú se ha obligado a respetar dicho derecho a partir de la ratificación del convenio 169. Esta propuesta no debe entenderse como restrictiva de la actuación que tiene Estado sino que se pretende un reconocimiento expreso al derecho a la consulta incluso cuando se trate de acciones que el gobierno considere de interés nacional (artículo 3° .m de la propuesta).

Respecto al Principio de Jerarquía planteado por las organizaciones indígenas, los representantes del Estado manifestaron sus observaciones en el sentido que no era posible presentar excepciones generales a priori al interés nacional, en todo caso correspondería a la autoridad competente establecer las excepciones específicas.

D. Sobre el Entidad encargada de realizar la consulta:

La Propuesta de la Mesa de Diálogo recogió el planteamiento de la Defensoría respecto a considerar durante el proceso de desarrollo de la consulta a dos entidades públicas: el Organismo Responsable de Ejecutar la Consulta y el Organismo Técnico Especializado en Materia Indígena.

El Organismo Responsable de Ejecutar la Consulta se referirá a aquella entidad estatal que preverá la aprobación de una medida legislativa o administrativa, o autorizará la ejecución de algún proyecto de desarrollo (el proyecto no hace referencia a este último supuesto). Entre las funciones propuestas para esta Entidad se planteó (i) la verificación de la afectación a consecuencia de la aprobación de la medida a proponer, (ii) establecer el ámbito de aplicación de la consulta, (iii) solicitar la identificación de los pueblos indígenas que deben ser consultados y sus instituciones u organizaciones representativas, (iv) garantizar que la información sobre la materia a ser consultada sea puesta en conocimiento de los pueblos indígenas correspondientes, considerando los plazos y medios adecuados, (v) proponer una metodología para el diálogo acorde a las costumbres y características étnicas de los pueblos indígenas, (vi) llevar a cabo el proceso de consulta en todas sus etapas, desde que se identifica la posible afectación directa, incluyendo la difusión, evaluación y el cumplimiento de los acuerdos. (Artículos 10° y 11° de la Propuesta)

Es decir el Organismo Responsable de Ejecutar la Consulta bien podrá ser para el caso de las medidas legislativas el Congreso de la República (responsable de la aprobación de medidas legislativas de alcance nacional), los Gobiernos Regionales (responsables de la aprobación de medidas legislativas de alcance Regional -Ordenanzas Regionales) o los Municipios Distritales (responsables de la aprobación de medidas legislativas locales – Ordenanzas Distritales). En el caso de las medidas administrativas, el Organismo Responsable de Ejecutar la Consulta será quien promueva la aprobación de la medida, así podrán en el caso de los Reglamentos serán los Ministerios o sus dependencias. Finalmente, para el caso de los proyectos corresponderá la ejecución de la consulta a la entidad encargada de autorizar la realización del proyecto de desarrollo.

Por otro lado, se planteó al Organismo Técnico Especializado en Materia Indígena como el ente rector en materia de políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas, el cual asesorará y supervisará los procesos de consulta que se realicen, velando por el respeto de los derechos de los dichos pueblos (artículo 13° de la Propuesta⁵⁷).

Asimismo, se propuso en el artículo 15° de la propuesta las funciones que se encargarían al Organismo Técnico Especializado en Materia Indígena las siguientes:

- a) Supervisar el proceso de consulta y el cumplimiento de los acuerdos, a través de la observancia de la presente Ley y sus normas complementarias.
- b) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
- c) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y a los Pueblos Indígenas a ser consultados y atender las dudas en relación a la ejecución del proceso correspondiente.
- d) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas e identificar a aquellas que deben ser consultadas respecto de una medida administrativa o legislativa.
- e) Atender las dudas de las entidades encargadas de la consulta en relación a la ejecución del proceso correspondiente.
- f) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas administrativas y legislativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas a ser consultados.

⁵⁷ **Artículo 13° Del Organismo Técnico Especializado en materia indígena (Propuesta de Ley Marco de consulta a los pueblos indígenas de la Mesa N° 3)**

13.1 El Organismo Técnico Especializado del Poder Ejecutivo, en materia de pueblos indígenas, es el ente rector en materia de políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas. Debe asesorar y supervisar los procesos de consulta que se realicen, velando por el respeto de los derechos de dichos pueblos. Para tal fin, debe desarrollar lineamientos específicos para la aplicación de la presente Ley y su reglamento.

- g) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas a ser consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
- h) Resolver en última instancia administrativa las peticiones y recursos presentados por los sujetos del proceso de consulta.
- j) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas.
- k) Recibir la propuesta de Plan de Consulta por parte de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y presentarla a los Pueblos Indígenas a ser consultados.
- l) Registrar los resultados de las consultas realizadas
- m) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas. (...)

Como se sabe en la actualidad la entidad encargada de promover las políticas públicas a favor de los pueblos indígenas es el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA, creada en el año 2005 mediante Ley N° 28495, modificada por Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES. No obstante, esta entidad estatal desde su creación ha sido seriamente criticada pues pese a que la norma de creación le otorga rango ministerial no se le dotaba de los pliegos presupuestarios necesarios para la realización de las actividades. Asimismo, en repetidas ocasiones se ha cuestionado la legitimidad de los representantes indígenas seleccionados para ocupar los cargos de representación en el INDEPA.

Con la adscripción del INDEPA al MIMDES dicha entidad paso a ser un Organismo Público Ejecutor, de conformidad con el Decreto Supremo N° 034 – 2008-PCM58 y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (artículo 30°), lo que restringía bastante el campo de acción de dicha entidad pues ya no se trataba de una entidad con independencia. Los organismos públicos ejecutores están sujetos a los lineamientos técnicos del sector al que pertenecen y la formulación de sus objetivos y estrategias en forma coordinada con el sector al que pertenecen. Por ello, en tanto el INDEPA no lograra tener independencia sectorial para su planificación pues difícilmente alcanzaría las metas esperadas por los pueblos indígenas.

La misma Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, en su artículo 33° prevé la conformación de Organismos Técnicos Especializados, los cuales pueden ser creados, por excepción, cuando exista la necesidad de planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.

⁵⁸ Aprueban la calificación de Organismos Públicos.

De ahí, que la propia Defensoría del Pueblo en la reunión del 03 de diciembre del 2009 de la Mesa 3 de diálogo recomendase, conforme consta en Acta de esa reunión, que se sugiriera al Poder Ejecutivo modificar el Decreto Supremo N°034-2008-PCM, a fin de que declarase al INDEPA como un Organismo Técnico Especializado, de acuerdo al artículo 33° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

El día 09 de febrero del presente año se ha emitido el Decreto Supremo N° 022-2010-PCM, mediante el cual se adscribe el INDEPA a la Presidencia del Consejo de Ministro en su misma calidad de Organismo Público Ejecutor. Si bien queda aún pendiente la modificación de la calificación del INDEPA, la reciente adscripción a PCM da muestras que los representantes del Poder Ejecutivo están haciendo esfuerzos por honrar los compromisos asumidos con los representantes de los pueblos indígenas de la Amazonía.

E. Sobre la vigencia de las Medidas Legislativas o Administrativas durante el período 1995-2009:

Siendo que el Convenio 169 se encuentra plenamente vigente y de obligatorio cumplimiento, y por tanto exigible desde el 22 de febrero de 1995, las organizaciones indígenas propusieron que las medidas legislativas o administrativas que generen afectación a los pueblos indígenas pudieran ser revisadas. Asimismo, se sustentó que la afectación debería plantearse respecto al derecho a la vida, identidad, creencias, instituciones, bienestar espiritual y/o tierras que ocupan o utilizan, así como su desarrollo económico, social y cultural (artículo 31° de la Propuesta).

Si luego de la revisión el Estado decidiera continuar con la adopción de la medida podrá hacerlo debiendo comprometerse a tomar medidas que aseguren el respeto de los derechos indígenas.

Sólo en los casos en que el desarrollo de un proyecto o la aprobación de una medida haya generado condiciones intolerables para la salud, alimentación o dignidad de los pueblos indígenas se podrá revisar y/o cancelar el permiso otorgado para la realización de determinada actividad (artículo 32° de la Propuesta).

Los representantes del Estado observaron los artículos relacionados a la revisión de medidas o desarrollo de proyectos argumentando que la retroactividad es inconstitucional y que en la actualidad existen mecanismos legales para cuestionar tanto las medidas legislativas como las administrativas por lo que resulta innecesaria una disposición en este sentido.

F. Sobre la Finalidad del Proceso de Consulta:

Respecto a la finalidad del proceso de consulta, se tuvo en cuenta lo establecido por los instrumentos internacionales que señalan que el proceso de consulta debe buscar

obtener el acuerdo o el consentimiento entre las partes, esto es, entre el Estado y los pueblos indígenas.

En este apartado el Proyecto de Defensoría presentaba un articulado el cual fue incorporado a la Propuesta de modo integral, quedando el texto del siguiente modo:

“Artículo 39º- Decisión (...)

39.2 La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe proceder de la siguiente manera:

a) Acuerdo total o consentimiento.- En caso de existir consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus representantes y/o sus instituciones representativas, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe enriquecer su decisión con los aportes contenidos en el Acta de Consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la Resolución que da por aprobada la medida. Se entenderá que hay un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas, cuando los representantes de los pueblos indígenas, en mayoría absoluta teniendo en cuenta su alcance de representatividad, aceptan la propuesta de la medida efectuada por la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta o sobre la propuesta modificada como consecuencia del diálogo, debiendo hacerlo constar así en el Acta de Consulta.

b) Acuerdo parcial.- Cuando exista un consentimiento parcial, la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta, a fin de adecuar la medida o desistirse de ella. Es potestad de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta otorgar a las partes un período adicional de evaluación respecto a la medida. Transcurrido el plazo se buscará alcanzar nuevamente un acuerdo o consentimiento.

c) No consentimiento.- Si no se llega a un acuerdo:

i. La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella. Así mismo, debe fundamentar su decisión en las consideraciones derivadas de los hechos y el derecho, así como del contenido del Acta de Consulta.

ii. La Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta debe comunicar a los representantes y/o instituciones representativas de los pueblos indígenas la decisión adoptada.

iii. Los pueblos indígenas tienen el derecho a recurrir a procedimientos administrativos o jurisdiccionales que consideren conveniente.”

Como se puede notar, la redacción propuesta recoge lo estipulado por los instrumentos internacionales respecto al derecho a la consulta, es decir se plantean los casos en los que se logre el acuerdo y los casos en los que no sea posible. En este último caso, el Estado podrá decidir si aprueba la medida legislativa o administrativa debiendo tener en cuenta las observaciones de los representantes de los pueblos indígenas y el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a iniciar acciones legales ante casos de incumplimiento de los acuerdos (artículo 40° de la Propuesta) lo cual es conforme al artículo 12° del Convenio 169. No obstante ello, el Ejecutivo expresó sus observaciones respecto a un reconocimiento expreso a los pueblos indígenas para el inicio de acciones legales.

VI. Conclusión y Recomendaciones

1. Conclusiones

- El Estado peruano en tanto ha ratificado el Convenio 169 de la OIT se encuentra obligado jurídicamente a respetar los derechos reconocidos en dicho Convenio, no pudiendo excusarse en su normativa interna para incumplir sus obligaciones internacionales.
- Los derechos reconocidos en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas referidos a derechos humanos serán de obligatorio cumplimiento en virtud del artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Asimismo, si bien la Declaración, *per se*, no es un instrumento jurídicamente vinculante se puede señalar existe un compromiso frente a la comunidad internacional en tanto el Estado peruano tuvo una participación muy activa para la aprobación de dicho instrumento.
- En el Perú, a partir del artículo V del Código Procesal Constitucional, se ha reconocido expresamente que las sentencias de la Corte Interamericana son de observancia obligatoria para la interpretación de derechos humanos, ello incluye a los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- En relación al derecho a la consulta, el Estado peruano, no ha adecuado su legislación interna para honrar sus compromisos internacionales. Las actuales normas nacionales que emplean el término de consulta lo han hecho de modo declarativo o sino no se ha desarrollado la consulta conforme a los instrumentos internacionales y obligaciones asumidas por el Estado peruano sino que se tratan de procesos de participación o de información. Por lo que es necesario la implementación y adecuación de dichas normas a la obligación estatal en relación al derecho a la consulta.
- El incumplimiento de las obligaciones del Estado peruano ha sido observado a nivel internacional por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT quien en los años 2009 y 2010 ha reiterado la falta de una adecuada implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú.

- El derecho a la consulta es un derecho colectivo de los pueblos indígenas que permite que los pueblos indígenas participen activamente antes de la aprobación de una medida legislativa o administrativa y antes de la autorización de proyectos de desarrollo de gran envergadura. Este derecho efectiviza el respeto del derecho de los pueblos indígenas a determinar sobre sus propias prioridades de desarrollo. Por ello, no puede ser entendido como un proceso de información sino como un proceso de diálogo que busque el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas.
- Debe diferenciarse el derecho a la consulta de los derechos a la participación, información y consentimiento. Así, el derecho a la participación implica la participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional. El derecho a la información implica la mera transmisión de información sin que ello signifique un proceso de diálogo. El derecho al consentimiento es un derecho a partir del cual el pueblo indígena, en determinadas circunstancias, tendrá que consentir (a través de un adecuado proceso de consulta) antes de la realización de la acción estatal.
- De acuerdo a la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos será necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas antes de autorizar el desplazamiento, de iniciar actividades militares, de almacenar residuos peligrosos, de autorizar proyectos de desarrollo que afecte al territorio de los pueblos indígenas.
- El proceso de consulta debe realizarse antes de la adopción de una medida legislativa, administrativa o autorización de un proyecto de desarrollo de gran envergadura. Para ello, es necesario entender al proceso de consulta como un proceso de diálogo el cual debe ser realizado de modo previo a la adopción de la medida o autorización del proyecto buena fe, respetando las costumbres y tradiciones, y debe realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento entre las partes.
- La entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta será aquella que promueva la aprobación de la medida o autorice el desarrollo del proyecto. El desarrollo del proceso de consulta deberá contar con el apoyo y supervisión de la entidad nacional especializada en materia indígena. Por ello, resulta necesario contar con una entidad encargada de las políticas públicas respecto a los pueblos indígenas que cuente con independencia en la formulación de sus objetivos a fin de poder cumplir con las demandas de los pueblos indígenas.

2. Recomendaciones

- Que se tenga en cuenta que la reciente adscripción del INDEPA a la PCM si bien resulta un importante avance a fin de garantizar una verdadera actuación transversal en la proposición de políticas a favor de los pueblos indígenas del Perú, no garantiza que tales políticas se logren viabilizar en tanto se mantenga como un Organismo Público

Ejecutor, sin mucha capacidad presupuestaria, y no como un Organismo Técnico Especializado. Por ello, se debe considerar la modificación del D.S. de calificación de dicha entidad pública.

- Que siendo que en la actualidad existen varios proyectos de norma sobre la consulta a los pueblos indígenas y en tanto la Propuesta presentada por la Mesa 3 ha sido elaborada conjuntamente entre los representantes del Estado Peruano y los representantes de los pueblos indígenas de la amazonia se aconseja que en la siguiente legislatura del Congreso de la República (próxima a reanudarse) se inicie el debate a partir de dicha Propuesta y se alcance dicha propuesta a los representantes indígenas andinos a fin de que puedan presentar sus aportes y/o observaciones.
- Que en la medida que será necesario realizar un proceso de consulta respecto del Proyecto de norma sobre la Consulta a los pueblos indígenas resulta importante que el Congreso de la República desarrolle un mecanismo Ad – Hoc para llevar a cabo el proceso de consulta de ese proyecto de norma a los pueblos indígenas a nivel nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Rubio C., Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Vol. 01. Lima: PUCP. Fondo Editorial. 1999.
- Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2009.
- Remotti C., Jose Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Lima: Editorial Moreno. 2004.
- Andrew Gray, Derechos Indígenas y desarrollo. Autodeterminación en una comunidad amazónica. Oxford: Berghahn. 1996.

Artículos y Ensayos:

- Bank, Ronald. *“Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento alemán.”* En: Revista *Ius et Praxis* · Vol. 9 Nº 1. Talca. 2003. Documento disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100004&script=sci_arttext
- Rodríguez G., César (Editor General). *“La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional.”* Colombia Programa de Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes - Facultad de Derecho. Bogotá. 2009.
- Armando F., Carlos. *“El Mundo Moderno de los Derechos Humanos.”* Ensayos en Honor de Thomas Burgenthal. IIDH. San José, Costa Rica. 1996.
- Zalaquett D., José. *“La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.”* Documento disponible en: www.anuarioicdh.uchile.cl
- Yrigoyen, Raquel. *“De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento.”* Instituto Internacional Derecho y Sociedad – IIDS. Lima. 2009.

Informes

- Informe de Defensoría del Pueblo Nº 16-2008-DP/ASPMA.PCN. Comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre el proyecto de Ley: Tierras, Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas. Lima. Mayo. 2008.
- Informe: Hechos y Aspectos Vulneratorios de los Decretos Legislativos 1090 y 1064. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR. Junio 2009.
- Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, 11º período de sesiones. Marzo. 2006. Documento: E/CN.4/2006/79. Documento disponible en: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/119/49/pdf/G0611949.pdf?OpenElement>
- Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Setiembre. 2009. Documento: A/HRC/12/34.
- Observaciones generales respecto de la aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas relativas a la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y al diálogo con el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y otros relatores especiales. Junio. 2009. Documento: E/C.19/2009/14.
- Observaciones de la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Febrero. 2010. Documento disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>
- Reporte de Conflictos Nº 68 de la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad. Octubre. 2009.
- Observaciones de la Comisión de Expertos para la Aplicación de Recomendaciones y Convenios de la OIT. Febrero. 2009
- Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá). Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. Mayo. 2009.
- Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales

aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Abril. 2009.

Legislación

- Convención Americana sobre los Derechos Humanos
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Procesal Constitucional
- Ley Nº 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos
- Ley Nº 28611, Ley General del Ambiente
- Ley 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial
- Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas
- Decreto Supremo Nº 012-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos
- Decreto Supremo Nº 065-2005-PCM, Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA.
- Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva
- Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH, Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0047-2004-AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)