

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL PERÚ

**La inclusión del interés
indígena en el mundo
de los derechos
humanos**

**Elizabeth Salmón | coordinadora
Renata Bregalio
Diego Ocampo
Jean Franco Olivera**

**LA CONSULTA PREVIA,
LIBRE E INFORMADA EN
EL PERÚ**

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL PERÚ

**La inclusión del interés
indígena en el mundo
de los derechos
humanos**

**Elizabeth Salmón | coordinadora
Renata Bregalio
Diego Ocampo
Jean Franco Olivera**



**Konrad
Adenauer
Stiftung**



idehpuep

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

La consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos

Elizabeth Salmón | Coordinadora de la investigación

Investigadores: Renata Bregaglio
Jean Franco Olivera
Diego Ocampo

Primera edición: agosto de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos
de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2012
Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859
Fax: (51 1) 261-3433
ideh@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/idehpucp

© Fundación Konrad Adenauer / Konrad Adenauer Stiftung, 2012
General Iglesias 630, Lima 18 - Perú
Teléfono: (51 1) 242-1794
Fax: (51 1) 242-1371
www.kas.de/peru

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este documento por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2012-08193

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Agradecemos a la Fundación Konrad Adenauer por su auspicio para la realización de este trabajo, el cual tiene como objetivo propiciar que la participación indígena se nutra de los estándares emanados del derecho internacional de los derechos humanos.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1

LA IRRUPCIÓN DEL INTERÉS INDÍGENA EN EL DERECHO
INTERNACIONAL Y SU NECESARIO REFLEJO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

13

- 1.1. La cuestión indígena y el derecho internacional:
cuando lo subalterno se torna visible
- 1.2. El multiculturalismo como reto para el derecho
internacional de los derechos humanos

16

24

CAPÍTULO 2

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL

31

- 2.1. Coordinadas básicas del derecho a la consulta
- 2.1.1. ¿Por qué se consulta?
- 2.1.2. ¿A quiénes se consulta?: los elementos
constitutivos de un pueblo indígena
- 2.1.3. ¿Cuál es el objeto de la consulta?:
las medidas que afectan
a los pueblos indígenas
- 2.1.4. ¿Quién consulta?: el rol del Estado
y la acción de terceros interesados
- 2.1.5. La oportunidad de la consulta:
su innegable carácter previo

33

33

36

41

46

48

2.1.6. ¿Cómo se consulta?: la buena fe y la interculturalidad como principios rectores	49
2.1.7. ¿Para qué se consulta? Entre el acuerdo y el consentimiento	54
2.2. La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos	61
2.3. Las reparaciones por la violación del derecho a la consulta	66
2.3.1. Las tierras, los territorios y los recursos naturales deben, por regla general, restituirse	68
2.3.2. Las reparaciones deberán tener una perspectiva colectiva	71
2.3.3. Desplazamiento y reasentamiento	73
2.3.4. Las reparaciones deben tener un efecto transformador de las inequidades previas	77
2.3.5. Los pueblos indígenas deben participar en el establecimiento y la gestión de las medidas reparadoras	80

CAPÍTULO 3

LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL PERÚ Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	83
--	----

3.1. La difusa identificación de lo indígena en el ordenamiento jurídico peruano	83
3.1.1. Las comunidades campesinas	84
3.1.2. Las rondas campesinas	86
3.1.3. Las comunidades nativas	87
3.1.4. Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial	89
3.1.5. A quiénes se pueden considerar pueblos indígenas en el Perú	91
3.2. Lo indígena y sus actores: la precariedad institucional	93

3.3. ¿Por qué ha sido necesaria la aprobación de una Ley de Consulta y su reglamento?	97
3.3.1. La ley de la consulta y el reglamento colocan restricciones para identificar a los pueblos indígenas peruanos	107
3.3.2. El Estado reconoce el carácter previo de la consulta solo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Consulta y su reglamento	113
3.3.3. Las materias excluidas de la consulta previa en el Perú	120
3.3.4. El consentimiento se regula a medias voces en la ley y el reglamento	126
3.3.5. Las reparaciones que la normativa interna precisa por la violación del derecho a la consulta	129
3.3.6. La consulta previa y los derechos al interior de los pueblos indígenas	135
3.3.7. La conflictividad social como un reto para ejercitar la consulta previa en el Perú	141
BIBLIOGRAFÍA	145

CAPÍTULO 1

LA IRRUPCIÓN DEL INTERÉS INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU NECESARIO REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El Perú alberga múltiples manifestaciones sociales indígenas que generan varios retos para la elaboración y la puesta en marcha de políticas públicas verdaderamente inclusivas. Adicionalmente, la diversidad cultural ha conllevado a que la participación política indígena varíe conforme a la extracción geográfica de estos colectivos. A partir de ello, puede observarse que los colectivos sociales indígenas de las regiones amazónicas han consolidado progresivamente su participación política; mientras que los grupos sociales andinos y costeños disputan su existencia con el Estado cuestionando los planes estatales de desarrollo. Con independencia de la zona de pertenencia de los pueblos indígenas, en la actualidad existen problemas referidos al alcance de los derechos de estos en materia de acceso a los recursos naturales (especialmente, en materia de la consulta previa) y en materia de distribución de los beneficios por su explotación.

En las últimas décadas, por un lado, los grupos sociales indígenas y campesinos han mostrado su resistencia a los proyectos de inversión extractiva o de infraestructura, motivados por el pensamiento de que la ejecución de megaproyectos amenaza la permanencia de las formas tradicionales de vida indígena. Por otro lado, los actores políticos no han asumido las demandas de participación y los pueblos han sido estigmatizados como obstáculos del crecimiento económico de la nación. Este panorama de desencuentro ha generado que varios de los conflictos sociales que involucran a los pueblos indígenas hayan derivado en episodios cíclicos de violencia.

Uno de los episodios de mayor violencia vinculado a los derechos de los pueblos indígenas se produjo en la región Amazonas durante una protesta social vivida entre los meses de febrero a julio de 2009 y tuvo su pico más elevado en el denominado «Baguazo», ocurrido el 5 de junio de 2009. Luego de adoptarse el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América (también conocido como Tratado de Libre Comercio), el Congreso de la República delegó facultades al Poder Ejecutivo para implementar a nivel nacional las obligaciones de dicho tratado comercial mediante la Ley 29157 del 19 de diciembre de 2007. Entre marzo y junio de 2008, el Gobierno adoptó una serie de decretos legislativos que no fueron consultados a los pueblos indígenas y entre los que se encontraban la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y la Ley que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

En agosto de 2008, varias organizaciones indígenas realizaron movilizaciones en protesta por los decretos legislativos y tomaron las instalaciones de empresas petroleras, asimismo bloquearon las carreteras. El Gobierno estableció mesas de diálogo que fueron insatisfactorias para los grupos indígenas amazónicos. De este modo, el 8 de abril de 2009, los dirigentes de aproximadamente 1350 comunidades amazónicas realizaron un paro indefinido en toda la Amazonía peruana. El 5 de junio de 2009, la policía peruana se movilizó para desalojar a los manifestantes en la carretera Fernando Belaúnde Terry, en las provincias de Bagua y Utcubamba. Se llevaron a cabo varios enfrentamientos que terminaron con la muerte de aproximadamente 23 policías y 10 manifestantes indígenas. Entre los fallecidos había miembros de la Policía Nacional del Perú y ciudadanos indígenas. Después de haberse producido dichos hechos de violencia, el Estado derogó algunos de los decretos legislativos promulgados —sobre todo, los más cuestionados durante las protestas— y decidió abrir un proceso para institucionalizar mecanismos de diálogo con los pueblos indígenas.

Favorecido por el cambio de Gobierno, el Estado promulgó la Ley 29785, conocida como Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, en

abril de 2012, se adoptó el reglamento de la Ley de Consulta. A pesar de las discrepancias que puedan existir en torno a la aprobación de dichas normas, es importante destacar que estas buscan garantizar que no se repitan actos de violencia reconduciendo las diferentes visiones sobre el desarrollo a un procedimiento de permanente diálogo intercultural. Creemos que se reconocen a los pueblos indígenas (y, en menor medida, a las comunidades campesinas) como interlocutores válidos, quienes deben necesariamente ser consultados en las etapas de formación e implementación de las políticas de desarrollo. De esta forma, la norma busca reconciliar a los pueblos indígenas con el Estado abriendo caminos para transitar de una relación basada puramente en la confrontación hacia la elaboración de propuestas concertadas y resultantes de diálogos continuos.

Sin embargo, la implementación efectiva de estas normas en materia de consulta previa posee diversos retos. En efecto, los pueblos indígenas han mostrado claras ambigüedades frente al proceso encaminado por el Estado, y la conflictividad asociada a la gestión de los recursos naturales se ha mantenido, e incluso se ha acentuado con la ley y su actual reglamento. Formalmente, los pueblos indígenas han valorado la aprobación de normas que reconozcan sus derechos y han participado en los procesos decisorios; pero, en la actualidad, la posibilidad de la radicalización de la violencia se mantiene. La principal preocupación por parte de los pueblos indígenas se debe a que sus demandas parecen no frenar las políticas de desarrollo heredadas de Gobiernos anteriores, en tanto que la Ley de Consulta tiene un ámbito de aplicación temporal bastante limitado, pues solamente puede aplicarse a las medidas que afectan los derechos de los pueblos indígenas posteriores a la entrada en vigor de la ley.

Frente a este diálogo aparentemente infructuoso, el presente estudio busca añadir un elemento fundamental que es la identificación y análisis de los principales estándares en materia de derechos de los pueblos indígenas recogidos en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y su comparación con las disposiciones legales recogidas por la Ley del Derecho a la Consulta Previa y por su reglamento. Con ello se busca que, o bien cedan las resistencias y el enfoque de derechos pueda hacer más comprensible y viable el camino jurídico, o bien que se propongan los ajustes nece-

sarios que reflejen los aportes del DIDH al difícil pero fundamental tema de la consulta a los pueblos indígenas.

En los últimos años, en el marco del derecho internacional general, se ha venido produciendo un progresivo reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas otorgándoles, además, espacios de participación en la comunidad internacional. Este reconocimiento es el resultado de una lucha histórica de siglos signada por episodios violentos de exterminio y asimilación forzada, derivados de la colonización que fue ese «encuentro entre dos mundos».¹ Pero, la historia también registra alianzas políticas entre los Gobiernos y los pueblos indígenas, así como la continuidad de resistencias indígenas. Actualmente, el triunfo del reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional genera la expectativa de que se transforme la realidad de 370 millones de personas en más de 70 países del mundo, cuya condición étnica se encuentra asociada a condiciones de exclusión y pobreza extrema.

La consolidación de algunos espacios a favor de los intereses de los pueblos indígenas es el resultado de un proceso no siempre exitoso ni pacífico. En este contexto, el DIDH ha actuado como catalizador de los derechos de los pueblos indígenas promoviendo un sano debate y tensión entre el discurso universalista de los derechos humanos y la diversidad cultural.

1.1. LA CUESTIÓN INDÍGENA Y EL DERECHO INTERNACIONAL: CUANDO LO SUBALTERNO SE TORNA VISIBLE

En el tiempo de la colonización de América, los conquistadores españoles se cuestionaron sobre la legalidad de la conquista. Para justificar la legalidad de la invasión a las Nuevas Indias, Francisco de Vitoria argumentó que los aborígenes poseían cierta racionalidad, compartían atributos que los hacían seres humanos y; por ende, merecían ciertas atenciones en tanto tales. A partir de ello, De Vitoria verificó la herejía de los aborígenes y argumentó que la colonización

¹ LEMAITRE, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009, p. 277.

por la Corona española resultaba necesaria para la evangelización. Detrás del cuestionamiento sobre la humanidad de los indios se encuentra la pregunta de si la diversidad cultural de la población indígena resultaba un obstáculo para el reconocimiento de sus derechos.

A partir de entonces, la historia cuenta que América fue el escenario de la apropiación de las formas organizativas tradicionales por parte de los colonizadores, seguido de la imposición de los órdenes sociales y la resistencia de los pueblos indígenas. No obstante, esta historia resulta incompleta, puesto que los españoles no fueron los únicos que irrumpieron en la vida cotidiana de los pueblos indígenas. Asimismo, la historia de América no es exclusivamente una historia conflictiva, sino que son varias las ocasiones en las que los pueblos indígenas adoptaron acuerdos y establecieron alianzas con los Gobiernos emergentes como, por ejemplo, los acuerdos adoptados por los Estados Unidos, Nueva Zelanda² o Australia con las poblaciones aborígenes. De igual manera, es posible afirmar que los pueblos indígenas mantuvieron espacios de poder como, por ejemplo, los pueblos de la Amazonía, donde los conquistadores no llegaron siquiera a aproximarse por la falta de accesibilidad geográfica sino hasta entrado el siglo XX.

Con la pérdida de la hegemonía española, se gestaron nuevas relaciones de poder en el continente americano que, no obstante, promovieron y perpetuaron una situación de exclusión del colectivo indígena. De esta manera, con el surgimiento de los Estados latinoamericanos y con el mestizaje de las poblaciones, el racionalismo kantiano abandona el cuestionamiento de la humanidad de los pueblos indígenas que siglos antes realizara Francisco de Vitoria. De este modo, se introduce la idea de que los derechos humanos son atributo de la condición humana sin importar diferencias nacionales o culturales. Sin embargo, este planteamiento universalista no caló con igual profundidad en la vida de los pueblos indígenas que se mantenían como distintos de los sujetos universales.

² Cf. DAES, Erica. «Indigenous Peoples' Rights to Their Natural Resources». En Aristoteles Constantinides y Nikolaos Zaikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010a, p. 371.

No obstante, el derecho internacional no acogerá verdaderamente la cuestión indígena sino recién a partir de la década de 1980.³ A partir de tal fecha, los pueblos indígenas vienen reclamando la reivindicación de sus derechos y usan los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos para incorporar la cuestión indígena en la agenda internacional. Frente a ello, tanto la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de Estados Americanos (OEA) se muestran progresivamente receptivas a algunas de sus demandas.

Como se sabe, los horrores de la Segunda Guerra Mundial motivaron la adopción de un instrumento internacional que reconociera derechos y profundizara la idea kantiana de la universalidad de los derechos humanos. Como señala Eide, hasta la creación de la ONU, la preocupación por los derechos de los pueblos indígenas permaneció adormecida.⁴ En efecto, durante las conversaciones para la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos no consideraron las condiciones específicas de vida de los pueblos indígenas durante el Holocausto, como el alistamiento forzado de población aborígen por parte de Estados Unidos o Australia. Por el contrario, la única mirada multicultural de la Declaración Universal de Derechos Humanos se concentró en las medidas educativas necesarias para las minorías étnicas y religiosas que fueron perseguidas durante ambas guerras mundiales. Recién a partir de la posguerra, las misiones diplomáticas, las organizaciones no gubernamentales receptivas de las demandas indígenas, así como los

³ Cf. WILLEMSSEN-DIAZ, Augusto. «Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU». En Claire Charters y Rodolfo Steinhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, p. 31; y cf. ENGLE, Karen. «On Fragile Architecture: The UN Declaration on The Rights of Indigenous Peoples in The Context of Human Rights». *The European Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, pp. 151-153.

⁴ Cf. EIDE, Asbjørn. «Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Steinhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, pp. 34-35.

propios pueblos indígenas, colocaron en las discusiones internacionales, con relativo éxito, los problemas de estos últimos. Un ejemplo de los primeros intentos de inserción de las cuestiones indígenas se encuentra en la iniciativa de la delegación boliviana que propuso ante la ONU la creación de una subcomisión para los pueblos indígenas americanos. Tal iniciativa fue examinada y rechazada por los Estados, pero justificó la adopción de estudios posteriores sobre derechos de los pueblos indígenas.⁵

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento adoptado con anterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, también comparte el lenguaje universal de los derechos humanos y la miopía frente a los derechos indígenas. Resulta cuestionable que en el marco de la OEA no se hayan atendido los derechos de este colectivo, pese a la presencia manifiesta de población indígena en el continente americano y traumática historia de colonización.

Estos procesos ponen de manifiesto que los pueblos indígenas permanecieron por mucho tiempo a la sombra de las políticas internacionales en materia de derechos humanos. Con la adopción de los tratados de derechos humanos, a partir de 1950, se repetirá el lenguaje aparentemente neutral de la universalidad de los derechos humanos: que no se reconocerán derechos indígenas, salvo de manera tangencial.

La incorporación de un enfoque de lo indígena en la interpretación de los instrumentos de derechos humanos cobra fuerza a partir de la publicación del «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas» elaborado por el entonces relator especial para la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, José R. Martínez Cobo. En dicho informe, Martínez Cobo estudió los avances en materia de derechos de los pueblos indígenas y evidenció que los órganos de la ONU y la OEA carecían a la fecha del estudio de normas que protegieran específicamente a este grupo social, por lo que realizó un diagnóstico de los principales problemas indígenas y se aventuró a proponer una definición de «pueblo indígena».

⁵ Cf. WILLEMSSEN-DIAZ, Augusto. Ob. cit., p. 18.

El informe de Martínez Cobo estableció que la ausencia de normativa específica no había impedido que ambas organizaciones internacionales llevaran a cabo acciones concretas a favor de los pueblos indígenas. Prueba de ello es la adopción, en el marco de la OIT, de los tratados que conforman el llamado Código Laboral de los Nativos: el Convenio 50 sobre el reclutamiento de los trabajadores indígenas (1936), el Convenio sobre contratos de trabajadores indígenas (1939), el Convenio sobre sanciones penales a trabajadores indígenas (1939), el Convenio relativo a la duración máxima de los contratos de trabajo de trabajadores indígenas (1947) y el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (1955) con el propósito de la eliminación de la explotación de los trabajadores nativos.⁶ Estos tratados buscaban eliminar la esclavitud indígena y tangencialmente reconocieron derechos a los pueblos indígenas. La importancia de estos tratados se debe a que fueron los antecedentes del Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales que plantea la integración progresiva de las poblaciones indígenas.⁷ Por su parte, los órganos de protección de los derechos humanos en materia de discriminación racial canalizaron las demandas de los pueblos indígenas. De este modo, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial interpretó disposiciones como el artículo 5.d.v. que consagra el derecho a la propiedad individual y colectiva para proteger a los pueblos indígenas. Además, en el seno de la OEA se generaron proyectos específicos, como el Programa Indio Andino en 1955, a favor de las poblaciones indígenas sudamericanas.

En el caso del Sistema Interamericano, desde antes de la creación de la OEA, se realizaron diversas conferencias internacionales que abordaron los problemas indígenas, pero que no adoptaron compro-

⁶ Cf. AYLWIN, José. «El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas». En Matías Meza-Lopehandía (coord.). *Las implicancias de la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT en Chile*. Documento de Trabajo n.º 10, 2.ª ed. Temuco: Observatorio Ciudadano de Chile, p. 9; y cf. MAUL, Daniel. «The ILO Involvement in Decolonization and Development». Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/century/information_resources/download/maul.pdf>.

⁷ Cf. AYLWIN, José. Ob. cit., p. 9.

misos internacionales claros.⁸ El informe de Martínez Cobo documentó estas iniciativas adoptadas a nivel interamericano, tales como la creación del Instituto Indigenista Americano. Al examinar los avances logrados por la OEA, el informe de Martínez Cobo valoró las iniciativas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la promoción del estudio de la población indígena desde la perspectiva de los derechos humanos. Dicho órgano recomendó la adopción de un instrumento normativo regional que se mantiene, hasta la fecha, como tarea pendiente en la agenda del Sistema Interamericano.

Una de las virtudes del informe de Martínez Cobo es que identificó las buenas prácticas en materia de protección de los pueblos indígenas, además que emitió alguna crítica como la tendencia integracionista del derecho internacional planteada especialmente por el Convenio 107 de la OIT.⁹ Al respecto, Barelli destaca la importancia del informe de Martínez Cobo y señala que es en este documento en el que por primera vez se establece un órgano en la ONU destinado a examinar la «problemática indígena», revirtiendo así una tradición de injusticia y discriminación contra los pueblos indígenas.¹⁰ Asimismo, el informe de Martínez Cobo sirvió como insumo para las discusiones a cargo del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, debido a que en dicho informe se planteó una definición operativa de los pueblos indígenas.¹¹ Finalmente,

⁸ Cf. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano. Principios básicos. Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, 2011, pp. 5-14.

⁹ Cf. WIESSNER, Siegfried. «The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». En Aristoteles Constantinides y Nikolaos Zaikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 350; y cf. DAES, Erica. Ob. cit., p. 367.

¹⁰ Cf. BARELLI, Mauro. «The Interplay between Global Regional Human Rights System in The Construction of The Indigenous Rights Regime». *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n.º 4, 2010, p. 954.

¹¹ Cf. DAES, Erica. «La contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Stevenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010b, pp. 57-59.

parte significativa de esa definición fue recogida en el Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 de la OIT, que amplía el contenido de los derechos reconocidos en el Convenio 107 de la misma organización y plantea un modelo de reconocimiento de ciertas autonomías para los derechos humanos.¹²

A partir de estos procesos, en el sistema universal de derechos humanos se adoptaron disposiciones en los tratados de derechos humanos, y progresivamente se dejaría de utilizar el concepto «población indígena».¹³ Por ejemplo, la Convención de Derechos del Niño dispone algunas salvaguardas de protección de la vida cultural de los niños indígenas en los artículos 17, 29 y 30. En la misma línea, en el caso del Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem Do Pará» establece en el preámbulo que la violencia contra la mujer trasciende a las diferencias étnicas; mientras que en el artículo 9 se dispone que los Estados deben reconocer la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia en razón de su condición étnica.

Uno de los capítulos más recientes de la historia de este paulatino reconocimiento se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este documento se renuevan las preocupaciones planteadas desde el informe de Martínez Cobo, tales como la definición de pueblos indígenas (sobre la cual no se llegó a ningún consenso), así como el alcance de los derechos a la reparación de los pueblos indígenas por los despojos históricos que sufrieron en el proceso de construcción de la modernidad. Este instrumento se adoptó tras más de veinte años de trabajo en el seno del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (creado en 1982) que comenzó a elaborar el Proyecto de Declaración en 1985.¹⁴ La importancia de la Declaración

¹² Cf. WILLEMSEN-DIAZ, Augusto. Ob. cit., p. 19 y ss.

¹³ Ib., p. 25.

¹⁴ El proyecto fue remitido en 1993 a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que aprobó un texto en 1994 y lo remitió a la antigua Comisión de Derechos Humanos. Esta última, a su vez, estableció un Grupo de Trabajo sobre la Declaración sobre los Derechos

Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas se debe a que por primera vez se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación¹⁵ y se especifican algunas de las obligaciones esbozadas en el Convenio 169. Otra contribución de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas es que mediante este instrumento se actualizan los compromisos internacionales históricos de los Convenios 107 y 169 adoptando los principios del derecho internacional de los derechos humanos y se extienden estos compromisos, aunque sin ser vinculantes, a Estados que no han ratificado estos convenios.

En sintonía con este enfoque, las constituciones de los Estados del continente americano incorporaron el contenido neutral de las declaraciones de derechos humanos y los tratados de derechos humanos que no cambiarán sino hasta la década de los ochenta en algunos Estados como Brasil, Guatemala, Nicaragua.¹⁶ Posteriormente, tras la ratificación del Convenio 169, los Estados latinoamericanos modificarán sus normas constitucionales y adoptarán disposiciones a favor de los pueblos indígenas especialmente en materia de posesión de sus tierras.¹⁷ Las nuevas constituciones latinoamericanas (como ocurre con las constituciones de Bolivia y Ecuador) reconocen los derechos de los pueblos indígenas con mayor énfasis a partir de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, este instrumento brinda herramientas para interpretar las disposiciones constitucionales acorde con el reconocimiento de derechos colectivos.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas supone un nuevo hito en el reconocimiento

de los Pueblos Indígenas. Seguidamente, en junio de 2006, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Declaración, y en septiembre de 2007 lo hizo la Asamblea General de la ONU. Véase el proceso de adopción en: <www.cinu.org.mx/especiales/2008/pueblosindigenas/FAQsindigenousdeclaration_ESP_FORMATTED.pdf>.

¹⁵ Cf. BARELLI, Mauro. Ob. cit., p. 973.

¹⁶ Cf. AYLWYN, José. *Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: situación jurídica y políticas públicas*. Temuco: Observatorio Ciudadano de Chile, 2011, p. 4.

¹⁷ Cf. ib., p. 4.

de derechos indígenas en el derecho internacional. En efecto, las agencias especializadas y los órganos de protección de los derechos humanos que eventualmente analizaron los problemas indígenas deberán incorporar los nuevos estándares en su quehacer. De igual modo, los estándares emergentes en materia de protección de los pueblos indígenas carecen de sentido si no se utilizan en el nivel nacional en la elaboración tanto de normas legales como en la formulación de políticas públicas. Esta última tarea resulta crítica para los Estados latinoamericanos en los que el reconocimiento formal de derechos de los pueblos indígenas viene acompañado de brechas de implementación.¹⁸

1.2. EL MULTICULTURALISMO COMO RETO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas dentro del derecho internacional de los derechos humanos, así como en las constituciones latinoamericanas, ha llevado a que los Estados se planteen la necesidad de reconocer las diferencias culturales. En ese sentido, los Estados deben garantizar protecciones externas y restricciones internas a favor de los pueblos indígenas.

Las protecciones externas están orientadas a que los Estados garanticen medidas de protección de la diversidad cultural frente a la acción del Estado o de terceros. En concreto, «las protecciones externas son protecciones que logra un grupo incluido dentro de otro mayor para que este no lo afecte».¹⁹ Así, por ejemplo, los Estados deben velar por que no se produzca contaminación ambiental en los territorios indígenas debido a la extracción de recursos naturales que realizan ciertas empresas, ya que ello podría afectar la cosmovisión y prácticas culturales de los pueblos indígenas.

Asimismo, los Estados deben reconocer a los pueblos indígenas determinadas restricciones internas, es decir, la capacidad de que

¹⁸ Cf. *ib.*, p. 7.

¹⁹ PÉREZ, Federico. «Will Kymlicka: la defensa del nacionalismo minoritario». *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, año 200, n.º 4, p. 65. Disponible en: <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOperez.pdf>>.

estos colectivos ordenen las libertades de sus miembros para asegurar su permanencia. En ese orden de ideas, las restricciones internas se refieren «a las relaciones intragrupalas: se trata de restringir la libertad de los propios miembros en nombre de la tradición o de la solidaridad del grupo, protegiéndolo del disenso interno».²⁰ Un ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho consuetudinario en la interpretación y la aplicación de los convenios internacionales sobre derechos humanos.

A partir de entonces, se colocan nuevos retos para los derechos humanos en el reconocimiento de protecciones externas y restricciones internas al colectivo indígena. Por un lado, las diferencias culturales obligan a que el contenido de los derechos humanos se adecúe, de modo que atienda las necesidades específicas de los pueblos indígenas. En este sentido, la resolución de una denuncia por violencia sexual de una mujer indígena deberá tomar en cuenta que las mujeres indígenas tienen mayores dificultades para reportar estos hechos ante el temor de que se les estigmatice en sus entornos, además de las trabas que se les presentan para relatar episodios traumáticos como la falta de conocimiento del idioma en el que se realizan las investigaciones y los procesos penales. Por ello, resulta necesario que en casos como el descrito se contextualice la vulnerabilidad de las mujeres indígenas frente a las formas de la violencia contra la mujer y se tengan en cuenta sus diferencias culturales. En suma, en situaciones como esta, el sistema de protección de derechos humanos debe enfrentar las barreras culturales impuestas por el sistema oficial para proteger los derechos de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos.

Sin embargo, el reconocimiento del multiculturalismo no es extrapolable automáticamente al discurso universalista de los derechos humanos en todos los casos. Las demandas multiculturales de los pueblos indígenas deben subsumirse en el lenguaje de los derechos humanos para poder ser acogidas. En esa traducción

²⁰ ANCHUSTEGUI, Esteban. «Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, n.º 26, p. 63. Disponible en: <http://institucional.us.es/araucaria/nro26/ideas26_3.pdf>.

suele distorsionarse el sentido de algunos valores para los pueblos indígenas y evadirse demandas esenciales. Un ejemplo de la pérdida de valores esenciales en la traducción de las demandas sociales al lenguaje de los derechos humanos puede encontrarse en el caso del pueblo indígena sami localizado en Suecia. Los sami son un pueblo indígena de existencia anterior a la creación de los Estados de Suecia, Noruega, Finlandia y Rusia. Su principal actividad se centra en la crianza de renos. Durante el invierno y ante la escasez de fuentes de agua y de alimentación, los samis se desplazan a través del territorio sueco (tanto a través de propiedades del Estado como propiedades otorgadas a particulares) para obtener los bienes necesarios para la crianza de sus animales y para su subsistencia. Estos derechos inmemoriales fueron reconocidos para la población sami sueca mediante la Ley de Crianza de Renos de 1970. El 20 de septiembre de 1990, 571 propietarios de tierras de la municipalidad de Härjedalen (Suecia) demandaron a cinco comunidades sami y señalaron que habían perdido sus derechos ancestrales de pasteo de los renos por haber abandonado la posesión de esas tierras. Después de varios procedimientos legales que duraron años, los propietarios de Härjedalen lograron que se declarase que los derechos de los sami prescribieron y; por lo tanto, si los pueblos indígenas sami querían hacer uso de bienes de los propietarios de Härjedalen, deberían llegar a acuerdos con ellos.

Cuatro comunidades sami acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y alegaron la violación del derecho a la propiedad porque el Estado de Suecia no protegió los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sami y, especialmente, no delimitó los territorios donde los pueblos sami podían ejercer sus derechos ancestrales. Además, los sami alegaron la violación del debido proceso puesto que los procedimientos para determinar el alcance de sus derechos demoraron varios años. Al analizar la admisibilidad del caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que el artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a la propiedad como a otras posesiones. No obstante, el Tribunal Europeo consideró que las alegaciones de los sami no se encontraban protegidas por el derecho a la

propiedad.²¹ Pese a ello, los sami obtuvieron un pronunciamiento favorable respecto del otro extremo de su demanda, puesto que el Tribunal Europeo consideró que las cortes suecas se demoraron en la resolución de los procedimientos más allá del plazo razonable.²² Los sami pretendían que el derecho a la propiedad incorporase las aspiraciones culturales de su pueblo; pero, a partir de este caso, puede apreciarse que dichas aspiraciones no tuvieron acogida por parte del sistema europeo de protección de los derechos humanos.

Por otro lado, el multiculturalismo cuestiona algunos principios tradicionales de los derechos humanos y alega, entre otras razones, que el discurso universalista encubre relaciones de poder hegemónicas, especialmente en Latinoamérica, donde los pueblos indígenas se encuentran sometidos a dominaciones de facto por la exclusión del poder político.²³ De esta manera, los culturalistas reclaman la legitimidad de prácticas que parecerían violatorias de los derechos humanos para liberarse de las hegemonías.

Surge entonces la pregunta acerca de cómo resolver la tensión del universalismo de los derechos humanos con el multiculturalismo. Al respecto, Giusti plantea una respuesta abierta al señalar que el multiculturalismo y el universalismo deben abandonar fundamentalismos y establecer permanentemente consensos dialécticos, tal como aparece en los tratados de derechos humanos.²⁴ No obstante, deben reconocerse los límites del multiculturalismo pues, como señala Lemaitre, el multiculturalismo desconoce la supeditación de los pueblos indígenas y los sacrificios que estos hacen para

²¹ Cf. TEDH. *Caso Comunidad Sami de Handölsdalen y otros vs. Suecia*, n.º 39013/04, Sección Tercera, Decisión sobre la admisibilidad del 17 de febrero de 2009, párrafo 55.

²² Cf. TEDH. *Caso Comunidad Sami de Handölsdalen y otros vs. Suecia*, n.º 39013/04, Sección Tercera, Sentencia de fondo del 30 de marzo de 2010, párrafo 65.

²³ Cf. CARMONA, Cristóbal. «Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación». *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 8, n.º 23, 2009, p. 312. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/polis/v8n23/art14.pdf>>.

²⁴ Cf. GIUSTI, Miguel. «Las críticas culturalistas de los derechos humanos». En Francisco Cortés y Miguel Giusti (eds.). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Antioquia y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 307.

subsumirse como «acreedores de derechos».²⁵ Asimismo, Lemaitre considera que el multiculturalismo está diseñado para escenarios de paz, olvida que la violencia en Latinoamérica complejiza el multiculturalismo al instaurar órdenes normativos que privilegian determinadas visiones del mundo sobre otras.²⁶ Así, por ejemplo, los pueblos indígenas tuvieron un espacio en los estándares de protección de las minorías, pero estos estándares protectores desconocían que en algunos Estados latinoamericanos los pueblos indígenas conforman los principales grupos sociales, lenguaje del que los pueblos indígenas tuvieron que independizarse.²⁷ No obstante, la propia autora reconoce que los pueblos indígenas han encontrado en el derecho de los derechos humanos un instrumento para defenderse, una visión de su propio valor que crea significados culturales que tienen como fin expulsar la violencia estructural que afrontan los pueblos indígenas.²⁸

En este proceso de reconocimiento del multiculturalismo, los sistemas de protección de derechos humanos, y en particular el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, han reconocido un estándar de diversidad cultural, alegando la existencia de un *corpus juris* destinado a la protección general del individuo y, en especial, a la protección de los pueblos indígenas, aun ante la ausencia de normas específicas en sus principales tratados sobre derechos humanos. En concreto, la Comisión y la Corte Interamericana se han valido de los instrumentos normativos producidos por otros órganos para proteger la diversidad cultural de los pueblos indígenas que detallan obligaciones a favor de ellos.²⁹

²⁵ LEMAITRE, Julieta. Ob. cit., p. 286 y pp. 298-301.

²⁶ Cf. ib., pp. 343-347.

²⁷ Cf. WILLEMSEN-DIAZ, Augusto. Ob.cit. p. 23 y ss.

²⁸ Cf. LEMAITRE, Julieta. Ob. cit., p. 277.

²⁹ Formalmente, la Corte Interamericana solo tiene competencia para aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados interamericanos. No obstante, la limitación de la atribución de competencias no ha impedido que dicho tribunal dialogue con el derecho internacional e incorpore instrumentos así como pronunciamientos tanto de los órganos convencionales como extraconvencionales del sistema universal de protección de los derechos humanos. Cf. SALMÓN, Elizabeth. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y*

Estas interpretaciones ciertamente se han realizado con el propósito de que la diversidad cultural no sea un concepto efímero. Las principales preocupaciones de la Corte se han centrado fundamentalmente en las protecciones externas de los pueblos indígenas frente a la acción de agentes estatales así como de particulares. Salvo en un caso contencioso,³⁰ la Corte Interamericana no se ha pronunciado directamente sobre las restricciones internas, con excepción de los pronunciamientos de la Corte referidos a las reparaciones que deberán contar con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas beneficiarios para su diseño e implementación.

Los razonamientos de la Corte Interamericana son importantes no solo debido a que dicho órgano judicial emite pronunciamientos vinculantes sino a que es uno de los órganos más importantes en la región, cuyos estándares resultan aplicables a la situación de los pueblos indígenas en el Perú. Además, no debe perderse de vista que sus pronunciamientos son utilizados por el Gobierno en la adopción de políticas públicas, como por los propios pueblos indígenas que poco a poco los incorporan en la elaboración de sus demandas sociales.

promoción. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ) e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2010, p. 34 y ss.

³⁰ En el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, el tribunal reconoció la poligamia para otorgar reparaciones a las concubinas de las víctimas ejecutadas. Cf. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C N.º 15, párrafo 63.

CAPÍTULO 2

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La consulta previa, libre e informada fue uno de los mayores avances del Convenio 169 de la OIT (en adelante Convenio 169) y demuestra un cambio de paradigma en relación con el enfoque asimilacionista de su antecesor, el Convenio 107 de la misma organización.¹ El Convenio 169 buscó recoger un enfoque de respeto a la diversidad cultural, la voluntad de los pueblos indígenas, su institucionalidad y, por sobre todo, de diálogo entre los Estados y los pueblos indígenas. El mecanismo que se ideó para ello fue la consulta previa, libre e informada, cuya premisa general se encuentra regulada en el artículo 6 del Convenio 169, aunque se repite en otros artículos del mismo tratado para materias más específicas como en el artículo 7 (protección de su cultura), los artículos 15 y 17 (protección de sus territorios), el artículo 16 (protección contra el desplazamiento forzado), artículo 22 (formación laboral) y el artículo 28 (educación intercultural).

El artículo 6 del Convenio 169 dispone:

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 institu-

¹ Cf. SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario y PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú: últimos avances*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, 2010, p. 28.

- ciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Posteriormente, la consulta también fue recogida en el artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que establece:

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

Si bien aquí el término llamativo es «consentimiento», el que analizaremos más adelante, en este instrumento internacional también existen casos específicos de consulta como el artículo 10 (protección contra el desplazamiento forzado), el artículo 15 (acciones para eliminar la discriminación), artículo 17 (protección contra la explotación infantil), artículo 29 (almacenamiento de sustancias peligrosas), artículo 30 (empleo de territorios para actividades militares) y el artículo 32 (protección de sus territorios).

2.1. COORDENADAS BÁSICAS DEL DERECHO A LA CONSULTA

2.1.1. ¿Por qué se consulta?

El derecho a la consulta es esencial para poder asegurar muchos de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es el mecanismo mediante el cual se busca proteger la voluntad real de estos grupos y proteger su derecho a una vida digna. El derecho a la consulta significa un recurso de protección reforzada a las poblaciones indígenas, producto de la larga historia de exclusión de la cual han sido víctimas. En efecto, los pueblos indígenas han sido históricamente despojados de sus territorios, han sido obligados a perder mucha de su cultura e incluso se ha intentado exterminarlos. De esta manera, la obligación que tienen los Estados de consultar es una forma de reparación histórica que ha sido implementada para que no se sigan produciendo las violaciones de derechos humanos de las que este colectivo ha sido víctima.

El derecho a la vida se encuentra contemplado en el artículo 4 de la Convención Americana. Si bien de este derecho se desprende una visión negativa del derecho a la vida (en torno a la obligación de no privar arbitrariamente a una persona de su vida), la jurisprudencia y doctrina contemporánea han reconocido la doble vertiente de este derecho, el cual incluye a su vez una noción positiva del derecho a la vida. Esta apunta a que no será suficiente evitar que se prive a una persona de su derecho a la vida, sino que se deberá garantizar a toda persona humana una vida «digna», o —puesto en términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas— una vida «en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos».² Ello, a su vez, se traduce en la necesidad de adoptar un enfoque amplio y no restrictivo del derecho a la vida. En palabras de la Corte Interamericana:

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas

² Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 7.1.

compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.³

En tal sentido, esta segunda vertiente del derecho a la vida ha sido recogida por la Corte Interamericana en su jurisprudencia relativa a los derechos de pueblos indígenas, y se ha planteado en torno a criterios tales como niveles de salubridad y acceso a la salud, derecho al trabajo, derecho a la vivienda, derecho al alimento e, incluso, estándares y calidad en la educación, así como el derecho a una educación diferenciada que sea acorde con las prácticas y tradiciones culturales de los pueblos indígenas. Asimismo, el derecho a la vida guarda, en el caso de los pueblos indígenas, una estrecha relación con el derecho a la propiedad colectiva a sus tierras tradicionales, en la medida que estas últimas representan el sustento de la propia supervivencia de los pueblos. Esta interdependencia entre los derechos humanos ha sido recogida por la Corte Interamericana en el caso *Yakye Axa*, al precisar que:

Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.⁴

Partiendo de la especial relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, la Corte ha señalado que cuando se fuerza a estos grupos a dejar sus tierras, pueden afectarse prácticas culturales. Si estas prácticas son muy importantes para los pueblos, puede entonces producirse un daño moral o psicológico muy grande.

³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 162.

⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 167.

Por ello, la consulta se debe dar frente a todo aquello que pueda afectar a los pueblos indígenas.⁵ Ciertamente, su ejecución será esencial para que los pueblos indígenas puedan ser parte de su propio destino, de manera que sus derechos se vean protegidos y se respete su cultura. Dada la importante relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, así como la lucha que han mantenido en los últimos años para recuperarlos, la consulta ha sido asociada comúnmente con el derecho a la propiedad. Sin embargo, la consulta debe asumirse como una garantía para la protección de todos los derechos indígenas. La Comisión Interamericana ha señalado que la consulta se relaciona con varios de los derechos como la participación, la identidad cultural o la propiedad.⁶ Asimismo, la consulta busca asegurar otros derechos como el medio ambiente adecuado, la salud, la educación, entre otros.

La consulta debe darse incluso frente a las acciones que podrían ser beneficiosas para los pueblos indígenas, tales como el otorgamiento de servicios públicos: salud, agua o educación, por citar algunos. Por ejemplo, en el caso de la educación, la Corte IDH se ha pronunciado en el sentido de que si un servicio educativo no respetara las garantías de interculturalidad (cursos dictados en su lengua y respeto a sus costumbres), estaría violando el derecho a una vida digna.⁷ Y esto no significa inmovilidad estatal, sino que es precisamente para evitar este tipo de condenas que la consulta previa debe darse, de manera que se conozcan cuáles son las prioridades e ideas de desarrollo que manejan los pueblos indígenas. Para ello debe tenerse presente que la consulta «no implica solo el derecho de reaccionar sino también el derecho de proponer».⁸ Esta idea está recogida en el artículo 7.1 del Convenio 169:

⁵ Cf. CIDH. *Informe de seguimiento. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40. 7 de agosto de 2009, párrafo 158.

⁶ Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 109.

⁷ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, párrafo 209.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 60.

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

De acuerdo con lo expresado, si bien la consulta es la piedra angular de toda la construcción de los derechos de los pueblos indígenas, para que cumpla con su objetivo debe seguir determinadas condiciones. Estas condiciones, que se señalarán a continuación, han sido desarrolladas por el derecho internacional en las últimas décadas y son necesarias para que la consulta no se transforme en una medida puramente formal.

2.1.2. ¿A quiénes se consulta?: los elementos constitutivos de un pueblo indígena

El derecho a la consulta es un derecho específico de los pueblos indígenas. El artículo 1 del Convenio 169 (donde se institucionaliza el derecho a la consulta) brinda una descripción operativa en los términos siguientes:

[...] los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...] La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

En este sentido, la consulta es un derecho orientado a garantizar que los pueblos indígenas tengan una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, y en los procesos que puedan afectarles directamente. Sin embargo, dada la vaguedad del mencionado artículo 1, la primera pregunta que surge es ¿a quiénes puede considerarse pueblos indígenas?

La definición misma del concepto de pueblo indígena es muy compleja debido a la diversidad de personas que integran estos colectivos, su variedad de costumbres, su dispersión geográfica en todo el mundo y sus diversas instituciones. La Comisión Interamericana ha señalado que una «definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva»⁹. El hecho de que resulte tan complejo dar una definición puede ser la causa por la que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas no tiene un artículo específico para ello.

En ese sentido, la propia OIT refiere que se está «gestando un consenso en el sentido de que no es necesario ni deseable contar con una definición formal del término pueblos indígenas»,¹⁰ y que el «Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger».¹¹ Sin embargo, el campo de aplicación material del Convenio 169, es decir, a quiénes pretende proteger, definido en su artículo 1, ha sido considerado el parámetro según el cual se identifica a quiénes puede considerárseles, generalmente, «pueblos indígenas». En este sentido, una referencia inevitable es la referencia a la autodefinición establecida en el Convenio 169. Dicha norma, en su artículo 1.2, dispone que «la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio».

⁹ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 10.

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 9.

¹¹ *Ib.*, p. 9.

Asimismo, Thornberry identifica cuatro criterios en torno al concepto de lo indígena, extraídos a partir del caso *Kennewick*.¹² En primer lugar, la asociación con un territorio particular. En segundo lugar, la idea de estar ante un hábitat u ocupación anterior a la de otros grupos. En tercer lugar, el estar ante habitantes originales. Y, en cuarto lugar, la idea de que se está ante sociedades particulares y distintas.¹³

Por su parte, Anaya también subraya esta falta de consenso, pero esboza una definición del término:

Mientras que la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece superada todavía, se han convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente usados en asociación con un conjunto de cuestiones y de gente a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos.

[...]

En nuestros días, el término «indígenas» se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones [...]¹⁴

[...]

Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que viven en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral.¹⁵

¹² El caso se refiere a uno de los esqueletos humanos más antiguos en ser hallados, aproximadamente de 8410 BP. Ello sucedió en 1996, en el río Columbia, cerca de Kennewick, Washington D. C. (Estados Unidos). Cf. THORNBERRY, Patrick. *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester: Manchester University Press, 2002, pp. 35-36.

¹³ Cf. THORNBERRY, Patrick. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio: The United Nations University, 1990, pp. 37-39.

¹⁴ ANAYA, James. «Los derechos de los pueblos indígenas». En Mikel Berraondo (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006, p. 29.

¹⁵ *Ib.*, p. 30.

De esta forma, se identificará como pueblo indígena a una población de acuerdo con dos criterios: el objetivo y el subjetivo. El criterio objetivo responde a determinadas características propias de los pueblos indígenas, como descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica desde la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. En cambio, el criterio subjetivo alude a la identificación del pueblo referido como parte de un pueblo indígena y que el individuo de dicha población se sienta parte de ese pueblo.¹⁶

Los criterios objetivos son variables y diversos según la población de que se trate. Ningún pueblo indígena, como toda conglomeración humana, se encuentra atrapado en el tiempo, ni es cultural o biológicamente puro. Si bien la conexión histórica, cultural y de territorio es muy importante, la definición de pueblos indígenas debe respetar la situación actual y la evolución de estos, por lo que interpretaciones demasiado restrictivas de los criterios objetivos deben descartarse, aunque ello tampoco debe significar interpretaciones demasiado extensivas. Por ello, los criterios objetivos deben ser guías que sirvan para poder identificar de manera más sencilla a los pueblos indígenas.¹⁷

¹⁶ El artículo 1 del Convenio 169 también establece que las disposiciones del Convenio se aplican a los pueblos tribales, los cuales son aquellos que se encuentran «en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial» y que tienen conciencia de su identidad tribal. Si bien en el presente estudio se hace referencia solo al concepto de «pueblos indígenas», los estándares de protección se dan de manera conjunta y también involucran a los pueblos tribales.

¹⁷ Cf. ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos - Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Documento de Trabajo elaborado por la presidente-relatora, señora Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de «pueblo indígena». Documento ONU. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. 10 de junio de 1996, párrafo 70.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha resaltado que el criterio subjetivo, es decir la autodefinición, «es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos».¹⁸ Dada la complejidad para determinar los criterios objetivos, es precisamente el criterio subjetivo el que toma mayor relevancia. En ese sentido, se debe tener presente que se considerará pueblo indígena a aquellos que tengan la convicción de definirse como tales. Sin embargo, ello no significa que la sola autodefinición sea suficiente para determinar al pueblo indígena como tal. Por ello, lo importante es resaltar que «la auto identificación se complementa con los criterios objetivos, y viceversa».¹⁹

Vinculado al concepto de pueblos indígenas, resulta interesante apuntar la relación con el derecho a la personalidad jurídica, como una condición que facilita el ejercicio de los derechos de este colectivo. Tal como ha reafirmado la Corte Interamericana, «[...] el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas».²⁰ Esta necesidad se va a hacer más evidente ante la constatación de la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas en las sociedades donde habitan.

La falta de personalidad jurídica podrá, efectivamente, afectar el goce de determinados derechos colectivos de los pueblos indígenas. Salta a la luz, por ejemplo, la particular relevancia de la personalidad jurídica frente a los reclamos de reivindicación de tierras. Como ha sostenido la Corte en el caso del *Pueblo Saramaka*, «[...] el derecho a que el estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que estos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Esta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los

¹⁸ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 11.

¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 10.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, parágrafo 82.

grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria».²¹

2.1.3. ¿Cuál es el objeto de la consulta?: las medidas que afectan a los pueblos indígenas

De acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169, «[...] los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...]». En el mismo sentido, el artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone que «Los Estados celebrarán consultas [...] antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten [...]».

De lo anterior se desprende que los pueblos indígenas tienen el derecho a que se les consulte sobre todo aquello que pueda afectarlos, lo que incluye necesariamente la percepción del propio pueblo indígena ya que es posible que se presenten asuntos que otros sectores de la sociedad los perciban como irrelevantes.²²

La OIT ha regulado, de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169, supuestos en los que la consulta es muy relevante:

- a. Al prever medidas legislativas o administrativas (artículo 6(1) (a));
- b. Antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (artículo 15(2));
- c. Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17);
- c. Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que solo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16);
- d. En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22);

²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, parágrafo 172.

²² Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 60.

- e. En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (artículo 28).

No obstante, resulta inevitable relacionar esta obligación de consultar con el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva, debido a que a través de los años muchas actividades extractivas se han desarrollado en sus territorios ancestrales y les han generado graves afectaciones. Por ello, se establece una protección especial para estos supuestos como, por ejemplo, la regulada en el artículo 15 (2) del Convenio 169 de la OIT:

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

Por su parte, el Sistema Interamericano ha señalado que un «elemento inherente al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras es el derecho a ser consultado sobre toda acción o decisión que pueda afectar el uso y goce de sus tierras y los recursos naturales que se encuentren en estas»²³. Ello debido a

[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia

²³ SALMÓN, Elizabeth. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ) e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2010, p. 52.

económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.²⁴

Como podemos apreciar, la relación especial que guardan los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales va más allá de un mero aspecto económico y se traduce en elementos relacionados con la propia identidad de dichos grupos, y, finalmente, con su propia supervivencia. Tal como precisa Ruiz, el artículo 21 de la Convención Americana:

[C]omprende el derecho de estos [los pueblos indígenas] al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla.²⁵

Siendo así, en el caso del *Pueblo de Saramaka*, la Corte Interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa:

- a. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
- b. El proceso de otorgamiento de los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
- c. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, ga-

²⁴ Corte IDH. *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, parágrafo 149.

²⁵ RUIZ, Osvaldo. «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, n.º 118, 2007, pp. 228-229.

- rantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han utilizado;
- d. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
 - e. En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y
 - f. En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka.²⁶

Al respecto, cabe precisar que, en relación con la titularidad de las tierras, la jurisprudencia ha resaltado el valor innegable de la posesión más allá de cualquier título formal. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y consiguiente registro.²⁷

Y, en el mismo sentido, en el caso *Sawhoyamaya*, dispuso que:

De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por

²⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 194(c).

²⁷ Corte IDH. *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, parágrafo 151.

causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas [...]²⁸

Por otro lado, el deber de consulta debe estar pensado para proteger las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Comisión Interamericana ha relacionado la identidad cultural con los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la propiedad y la consulta en los siguientes términos:

Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales debe garantizarse el derecho a la identidad cultural, es decir, debe protegerse la cultura como forma de vida. En consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para proteger la identidad de las minorías, lo que incluye el derecho de los pueblos indígenas a emplear su propio idioma, el derecho a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros.²⁹

De igual manera se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, que expresó que «la permisividad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso

²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párrafo 128.

²⁹ CIDH. *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54. 30 de diciembre de 2009, párrafo 1050.

de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional».³⁰

Si bien la consulta frente a la protección de los territorios ancestrales o la cultura de los pueblos indígenas son los supuestos más comunes, como se ha evidenciado, los supuestos de consulta son tan diversos como los pueblos indígenas a los cuales está dirigido, por lo que crear una lista taxativa no solo sería inviable sino que, además, sería poco protector de sus derechos. Resulta, en consecuencia, necesaria una aproximación dinámica que comprenda todas las medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas. Ello no debe verse como una carga para el Estado; sino, por el contrario, una oportunidad para crear un diálogo intercultural y una herramienta importante para disminuir la conflictividad social.

2.1.4. ¿Quién consulta?: el rol del Estado y la acción de terceros interesados

Tal como lo refleja el artículo 6 del Convenio 169, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y las decisiones de diversos órganos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, la consulta es una responsabilidad del Estado. Ello significa que otras partes interesadas, como las empresas que buscan obtener la concesión o el contrato de inversión, no deben ser quienes se encuentren a cargo del proceso de consulta.³¹

Como se ha señalado, los procesos de consulta se encuentran frecuentemente relacionados con el territorio ancestral de los pueblos indígenas y la explotación de los recursos que allí se encuentran. De esta manera, en muchos de los casos serán las empresas extractivas las interesadas en que se produzca la consulta para la posterior explotación de recursos naturales. Dicho interés, sin em-

³⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. 27 de marzo de 2009, p. 11.

³¹ Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 114.

bargo, no puede justificar que los Estados deleguen esta función a empresas privadas.³²

Si bien cada vez es más importante la presencia de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, en la actualidad continúan siendo los Estados los responsables de prevenir, investigar, sancionar y reparar las vulneraciones de las personas en su jurisdicción. Así ha sido señalado en los «Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”», cuyo principio I.A(I) establece que:

Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.³³

Evidentemente, la obligación de consultar tampoco puede recaer en los pueblos indígenas. Estos ciertamente pueden colaborar en la coordinación y ejecución del proceso de consulta, pero no deben asumir la responsabilidad de la conducción, pues es el Estado quien ha asumido tal obligación.³⁴

De esta manera, la obligación de consultar es enteramente una responsabilidad del Estado, quien como ente que tiene el deber de respetar y garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdic-

³² Cf. ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU AHRC/12/34. 15 de julio de 2009, párrafos 54- 55.

³³ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011.

³⁴ Cf. SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario y PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR. Ob. cit., p. 45.

ción³⁵ se encuentra en la situación de imparcialidad adecuada para garantizar que la consulta se realizará de manera correcta.

2.1.5. La oportunidad de la consulta: su innegable carácter previo

El momento en que se lleva a cabo la consulta es esencial para garantizar que se cumplan los objetivos que esta plantea. Tal como establece el Convenio 169, la consulta es un diálogo intercultural cuyo objetivo es que se logre el consentimiento del pueblo indígena.³⁶ El hecho de que se trate de un diálogo significa que las dos partes deben tener la posibilidad de presentar propuestas, negociar a partir de ellas y llegar a una solución que sea producto del consenso y recoja la voluntad de ambas partes. El Estado debe tener la buena fe para alcanzar un acuerdo, escuchar y atender la voluntad de los pueblos indígenas; por ello tiene la obligación de adecuar sus propuestas.³⁷

El artículo 6 del Convenio 169 dispone que la consulta debe realizarse «cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». Asimismo, el artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas establece que los Estados celebrarán las consultas «antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas». La redacción de ambos artículos postula el carácter previo que debe tener la consulta.

En ese sentido, para que la consulta sea previa debe desarrollarse «durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente»³⁸ y con suficiente anticipación a

³⁵ Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párrafo 173.

³⁶ Cf. FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y OXFAM. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Oxfam, 2011, p. 22.

³⁷ Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 124.

³⁸ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 118.

cualquier autorización a la medida legislativa o administrativa, así como a cualquier comienzo de actividades. De esta manera, la Corte Interamericana ha señalado que la consulta no puede darse únicamente como una respuesta a la necesidad del Estado de obtener la aprobación del pueblo indígena.³⁹

Por el contrario, al tratarse de un diálogo intercultural debe respetar el tiempo necesario para que las partes se entiendan, compartan sus puntos de vista, analicen las soluciones propuestas a los problemas que se presenten y tomen una decisión informada. Ello significa que el Estado debe tener presentes los procesos cronológicos, según la cultura del pueblo indígena al que vaya a consultarse. El Estado debería, consecuentemente, tener en cuenta el tiempo que toma a las instituciones indígenas decidir según su cultura y cosmovisión, más que imponer sus criterios de lo que sería un plazo razonable.

En conclusión, el carácter previo de la consulta significa que esta debe hacerse con suficiente antelación para que los pueblos puedan tomar una decisión informada. Además, el tiempo de antelación debe definirse considerando las necesidades de la institucionalidad indígena y no solamente aquel que el Estado considere adecuado.

2.1.6. ¿Cómo se consulta?: la buena fe y la interculturalidad como principios rectores

La consulta es la piedra angular sobre la que se sostiene todo el marco jurídico de protección de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, más allá de la estructura formal que puede significar un proceso de consulta, lo principal será la manera como se realiza este proceso. Ello se debe a que una consulta mal realizada, que no tenga como fin alcanzar el consentimiento, aun cuando otorgue toda la información necesaria y lo haga mediante mecanismos interculturales, pasaría a ser una simple reunión informativa. Precisamente, para evitar las consultas como procedimientos puramente

³⁹ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 133.

formales, el Estado debe basar su procedimiento en dos principios rectores: la buena fe y la interculturalidad. Esto, según lo señalado tanto en el artículo 6 del Convenio 169: «Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias» como en el artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus propias instituciones representativas».

Asimismo, en tanto procedimiento llevado a cabo por el Estado, es necesario que el procedimiento de consulta cumpla, en la medida de lo posible, las garantías procesales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.⁴⁰ De acuerdo con la Corte Interamericana, «En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres».⁴¹

⁴⁰ Cf. artículo 12 del Convenio 169 de la OIT: «Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces».

⁴¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, parágrafo 63. De este modo, la Corte ha analizado el derecho al debido proceso y a la protección judicial desde un punto de vista colectivo e individual. En el primero de ellos (derechos colectivos), cabe referirnos a los casos de reivindicación de tierras, donde se han alegado la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana ante la demora injustificada en los procesos de titulación. Lo mismo se puede decir respecto a los procesos de reconocimiento de personalidad jurídica. Estos derechos también han sido invocados respecto a la obligación de los Estados de investigar y sancionar, tal como se evaluó en los casos *Moiwana* y *Masacre Plan de Sánchez*. Por lo tanto, se puede afirmar que existe una transversalidad del derecho al debido proceso y a la protección judicial en la medida que estos condicionan, o pueden condicionar, el goce de otros derechos de los pueblos indígenas.

El principio de buena fe es esencial porque la larga historia de discriminación estructural de la que han sido víctimas los pueblos indígenas ha generado un sentimiento común entre ellos de desconfianza frente a los Estados en los que se encuentran. La buena fe significa que las partes deben compartir en un clima de confianza y respeto mutuo.

Por su parte, el principio de interculturalidad es esencial en un proceso de consulta a los pueblos indígenas; puesto que, sin esta perspectiva, todo el proceso carece de sentido. Ello se debe a que el fin último de este mecanismo es que posiciones que históricamente se han visto enfrentadas puedan alcanzar un acuerdo basado en el diálogo para su desarrollo común. Esto significa que la interculturalidad no puede ser un requisito puramente formal y que, en realidad, solo encubra una visión paternalista o asimilacionista por parte del Estado.

a) La buena fe

Estos principios requerirán tomar ciertas medidas concretas. Entre estas, se puede señalar que la consulta deberá darse con miras a alcanzar un acuerdo y no puede conllevar actos de coerción. Asimismo, el Estado debe dotar de la información necesaria para la toma de decisión y compartir los beneficios de las medidas consultadas. Además, el Estado también debe respetar a las instituciones indígenas para la toma de decisiones, su lenguaje y cultura. Por su parte, los pueblos indígenas deben cooperar con la ejecución del procedimiento y no poner trabas innecesarias para que se produzca con normalidad. Todas estas medidas son garantías fundamentales en el marco de un debido proceso orientado a la consulta a los pueblos indígenas.⁴²

El objetivo del procedimiento de consulta es que se alcance un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. Por ello, la búsqueda del acuerdo o consentimiento debe significar es-

⁴² Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, pp. 122-123.

fuerzos diligentes de ambas partes, lo cual se traduce en una posición de diálogo y la posibilidad de ceder y adecuar las propuestas iniciales. Por ello, «si la búsqueda del consentimiento no es el objetivo real de los procesos de consulta estos no tendrán validez, por carecer de un elemento esencial».⁴³ La imposibilidad injustificada de adecuación es en sí misma incompatible con la idea de una consulta de buena fe.

La consulta de buena fe significa una participación activa de ambas partes basada en un principio de cooperación mutua. En este sentido, la consulta no puede conllevar actos de coerción por parte de agentes del Estado o de terceros.⁴⁴ En caso de existir actos coercitivos por parte de entidades privadas, es el Estado, como garante de los derechos humanos, el que tiene la obligación de velar para que estos cesen.

La buena fe también implica que el Estado debe proporcionar la información necesaria para que los pueblos indígenas decidan con conocimiento de todas las circunstancias que acompañan a su decisión y de las consecuencias que esta produce. El deber de informar obliga al Estado a realizar los estudios de impacto social y ambiental necesarios.⁴⁵ Si estos estudios se realizaran después de la consulta, ello impediría que esta se llevara a cabo con toda la información necesaria; lo que demostraría una mala fe por parte del Estado, así como si los estudios no contasen con la calidad y veracidad requeridas.

El deber de información también incluirá que el Estado comparta con la comunidad los beneficios que las medidas a ser consultadas puedan otorgarles. Es necesario resaltar que, «debido a que las comunidades indígenas o tribales soportan los costos más pesados cuando un Estado emprende actividades de extracción y otras actividades de desarrollo en sus tierras, los Estados deben garantizar

⁴³ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y OXFAM. Ob. cit., p. 23.

⁴⁴ Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 123.

⁴⁵ Cf. FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010, p. 9.

que la comunidad reciba un beneficio razonable de cualquiera de los planes que se lleven a cabo en su territorio».⁴⁶

Por otro lado, el Estado y los pueblos indígenas deben entender que estos procesos significan un intercambio cultural en el que cada una de las culturas involucradas puede tener diferencias que abarcan desde cuestiones lingüísticas hasta diferencias en la escala de valores y prioridades de desarrollo de las sociedades.

b) La interculturalidad

Un proceso intercultural implica que las partes puedan entenderse sin problemas. Para ello, en primer lugar, se debe evitar que exista una barrera en la comunicación, lo cual significa contar con traductores en caso de ser necesario. En segundo lugar, el proceso intercultural debe respetar a las instituciones indígenas, es decir, su propio derecho y sus propios mecanismos para la toma de decisiones. Como se mencionó anteriormente, los plazos son importantes debido a que se trata de un diálogo intercultural. Por ello, el Estado no debe imponer los plazos que crea convenientes, sino que se deben adoptar aquellos plazos que la comunidad requiera para que sus instituciones tomen las decisiones informadas pertinentes. En este sentido, los procedimientos deben reflejar la cultura del pueblo indígena, para lo cual los mecanismos de consulta deben tener un alto grado de adaptación y deben revisarse constantemente mediante la participación de ambas partes, para que se demuestre su efectividad.

La decisión de la consulta debe tomarla el organismo que la propia comunidad reconozca como competente y que tenga la legitimidad y representatividad adecuada para hacerlo.⁴⁷ La Corte IDH ha señalado que son las comunidades indígenas y no el Estado quienes tienen la responsabilidad de elegir quién será el organismo válido para la toma de decisiones en el proceso de consulta.⁴⁸ Asimismo, se debe intentar que los órganos de las comunidades representen

⁴⁶ *Ib.*, p. 8.

⁴⁷ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ob. cit.*, p. 61.

⁴⁸ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafo 18.

a todos sus miembros, lo cual incluye a niños, ancianos, mujeres o cualquier otro grupo en situación de vulnerabilidad.

Por último, el diálogo intercultural supone que ninguna de las partes está en una situación culturalmente superior a la otra. En este sentido, se debe considerar que los derechos indígenas «pretenden crear condiciones en las que los pueblos indígenas, en primer lugar y por sobre todo, tengan el derecho de preservar sus sociedades fuera de la sociedad dominante».⁴⁹ Un proceso intercultural implica que ambas partes tengan la disposición de entender los motivos que fundamentan la posición del otro. Ello se debe dar sin menospreciar ni desconocer los diversos modelos de desarrollo y, en especial, la importancia del desarrollo humano, entendido este más allá del desarrollo económico.

2.1.7. ¿Para qué se consulta? Entre el acuerdo y el consentimiento

Un aspecto que genera un alto grado de controversia es el resultado de la consulta. Como establece el artículo 6 del Convenio 169, la consulta debe efectuarse con la finalidad de «llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas». El artículo 19 añade el carácter «previo e informado» que este consentimiento debe tener. Ello, sin embargo, no implica que el consentimiento sea el único resultado al que se deba llegar. En efecto, como en toda negociación puede no alcanzarse un acuerdo. En este sentido, se debe tener presente que, como regla general, corresponde al Estado como garante de los derechos humanos dentro de su jurisdicción tomar la decisión final. De esta manera, debemos ser claros al afirmar que el derecho a la consulta no otorga un «derecho de veto» a los pueblos indígenas.⁵⁰

⁴⁹ ÅHRÉN Mattias. «Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, p. 212.

⁵⁰ Cf. *ib.*, p. 212.

Ahora bien, el hecho de que no se exija el consentimiento como regla general «no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales».⁵¹ Ello significa que el Estado, para corroborar su buena fe, debe tener en cuenta las opiniones vertidas en el proceso de consulta y respetarlas hasta el máximo de sus posibilidades. Descartar todo o la mayoría de lo expresado durante el proceso podría reflejar que la consulta no se hizo con la intención de alcanzar el consentimiento.

Tal como ha señalado la Comisión Interamericana, existirán situaciones en las que el Estado no actuará conforme a la voluntad del pueblo indígena, sino que sustentará su decisión en motivos objetivos, razonables y proporcionales en una sociedad democrática.⁵² Ello implica que cuando se tenga que tomar una decisión final que no siga la opinión vertida en la consulta por los pueblos indígenas, esta deberá analizarse sobre la base de la teoría general de restricción de derechos.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia constante, para que una restricción de derechos sea válida, esta debe sustentarse en una ley, responder a un objetivo y fin legítimo, ser adecuada o idónea para el fin que se busca alcanzar, ser proporcional, y ser la medida que genere el menor daño posible dentro del conjunto de medidas. En este sentido, cuando el Estado considere necesario adoptar una medida que impacte en el disfrute de derechos de un pueblo indígena, debe aplicar este test de validez de la restricción, a efectos de determinar si esa afectación a los derechos indígenas es una restricción válida o si, por el contrario, es una violación de derechos. En este contexto, la consulta resulta fundamental, ya que le permite al Estado tener elementos suficientes para valorar aspectos como la proporcionalidad o la existencia de una medida alternativa que afecte en menor medida a los derechos indígenas.

⁵¹ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 124.

⁵² Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 124.

Aceptar esto implica que existirán supuestos en los cuales el Estado podrá decidir implementar una medida al margen de la voluntad de los pueblos indígenas que haya sido puesta de manifiesto en el procedimiento de consulta. Esta posición, que podría parecer desproporcionada o impositiva, en realidad no lo es. El Estado, como ente soberano encargado de velar por el desarrollo de la comunidad humana asentada en su territorio, es el responsable último de respetar y garantizar los derechos de esta comunidad. Es el Estado quien está en mejor posición para decidir qué resulta lo más conveniente para ese grupo humano.

Pensemos, por ejemplo, en un Estado que desea implementar una política de educación intercultural y bilingüe. Como medida que ciertamente afecta a los pueblos indígenas, el Estado implementa un procedimiento de consulta, producto del cual se pone de manifiesto la falta de voluntad del pueblo indígena a este sistema educativo, pues consideran que en pleno siglo XXI es necesario ser educados de acuerdo con estándares «occidentales» y en idioma castellano, pues ello permitirá que los niños y niñas tengan mayores oportunidades de acceder a estudios superiores en la ciudad y ser profesionales. Desde esta mirada, incorporar una política de educación intercultural bilingüe estaría afectando el derecho a la educación de los pueblos indígenas.

Si bien el deseo de la comunidad o pueblo indígena puede ser el descrito, lo cierto es que el Estado tendría que hacer una evaluación macro y llegar a la conclusión de que, aunque el pueblo indígena no lo perciba así, la educación intercultural bilingüe es fundamental para estos grupos sociales, no porque emana de las normas y estándares internacionales, sino porque contribuye al fortalecimiento del derecho a la identidad cultural de este colectivo. Al momento de realizar un test de la validez de la restricción, el Estado debería tomar en consideración lo manifestado por el pueblo indígena, y buscar una medida que, sin descuidar la revalorización de la lengua y costumbres, permita que quienes lo desean puedan cursar la educación superior (como parte de un deber de garantía general del derecho a la educación), pero no podría considerar el resultado de la consulta un veto.

En el mismo sentido, si un pueblo indígena no deseara que se implemente una política de salud pública con medicamentos pro-

ducidos en la sociedad no indígena para combatir una epidemia que está generando un alto costo humano —en el entendido de que las medicinas tradicionales son suficientes—, el Estado tampoco debería considerar esto un veto.

Esta mirada coincide además con un ánimo de protección del interés público, a través del cual lo que se busca proteger no es sino el resultado de la sumatoria de intereses individuales de los miembros de una comunidad (mayoría de intereses individuales coincidentes). Este interés público es *interés* porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad, resultado de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria; y es *público* porque se asigna a toda la comunidad como resultado de esa mayoría coincidente.⁵³

El Estado tendrá entonces el deber de motivar las razones por las que no se ha alcanzado el consentimiento y las posturas del pueblo indígena que no se considerarán para la decisión final. Ello concuerda con lo expresado por la Corte IDH que señaló que existe una obligación de motivar las decisiones tomadas por el Estado para que una medida no sea considerada arbitraria y, por ello, atentatoria de la igualdad y no discriminación y del debido proceso, ello incluso ante procesos de carácter administrativo.⁵⁴

En este sentido, la consulta no debe definirse tanto por su objeto o resultado (lograr o no el consentimiento), sino como un procedimiento de intercambio que permite al Estado conocer las verdaderas necesidades de los pueblos indígenas y contar con herramientas que permitan incorporar ese enfoque al momento de evaluar una medida. Por ello, la consulta, antes que por su resultado, es valiosa por el proceso mismo, por la construcción del diálogo.

⁵³ Cf. SALMÓN, Elizabeth. «Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos». En Gorki Gonzales (ed.), *Derecho y ciudadanía: ensayos de interés público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 81 y 82.

⁵⁴ Cf. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C.N.º 234, párrafos 183 y 184. Cf. SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ) e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2012, p. 250.

No obstante, existen supuestos en los que el consentimiento sí será necesario. Estos casos se fundamentarán en la protección de la propia subsistencia del pueblo indígena. Siendo así, «el requisito de consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión con el derecho a la vida, la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales».⁵⁵

De esta manera, en la actualidad existen tres supuestos identificados en los cuales se deberá obtener el consentimiento de los pueblos consultados: a) en caso de desplazamiento forzoso, b) en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas, y c) en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala.⁵⁶

En el caso de los dos primeros, ambos se encuentran señalados en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. El caso del desplazamiento forzoso ya había sido recogido en artículo 16(2) del Convenio 169. Sin embargo, en dicho instrumento, si bien se exige en un principio el consentimiento de los pueblos indígenas, también se regula la posibilidad de que se los desplace sin que lo hayan otorgado. Por su parte, la Declaración de la ONU eleva el estándar al señalar, sin excepción, en su artículo 10 que:

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

Si bien la Declaración no es un instrumento con fuerza vinculante para los Estados, como sí lo es el Convenio 169 para sus Estados

⁵⁵ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 124.

⁵⁶ Cf. CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 126.

partes, lo cierto es que tras años de ser negociada ha recogido la mayoría del derecho internacional existente y establecido. Por ello, los derechos que recoge no deben tomarse sin analizarse el contexto de la evolución del derecho internacional actual.⁵⁷

El segundo supuesto, el caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas, también se encuentra en la Declaración de la ONU (artículo 29.2). Dicho instrumento establece que:

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

Este supuesto se enmarca en la protección de sus territorios y del medio ambiente adecuado. Como ya se ha señalado, la importancia del territorio y de los recursos que existen en ellos es esencial para la vida digna de los pueblos indígenas.

Finalmente, el tercer supuesto no se encuentra recogido en ningún instrumento internacional, sino que ha sido una construcción jurisprudencial. Este supuesto regula que se necesitará el consentimiento en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala. La Corte IDH fue la primera en pronunciarse sobre estas circunstancias cuando señaló que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.⁵⁸

⁵⁷ Cf. ÅHRÉN Mattias. Ob. cit., p. 224.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 134.

La Corte IDH reconoce que el proyecto de inversión o desarrollo debe ser de gran escala, aunque no define en estricto a qué se refiere con ese término.⁵⁹ Sin embargo, en dicho caso, la Corte Interamericana cita al relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas para rescatar el terrible impacto de estos proyectos en una multiplicidad de factores como «la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia».⁶⁰

Por su parte, la CIDH, en el informe sobre los *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales*, señaló que estos planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales son aquellos «que privarían a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia».⁶¹

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en un sentido similar en el caso *Ángela Poma Poma*. En dicho caso, se señaló que las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de los pueblos indígenas requieren el consentimiento de esos pueblos.⁶² El análisis que hace el Comité se centra en la protección cultural de las minorías y no en la protección de la propiedad como se realizó en el caso de la Corte IDH, lo cual genera un enfoque distinto. Sin embargo, el enfoque puede interpretarse de manera conjunta en el sentido que

⁵⁹ Cf. ANTKOWIAK, Thomas y Alejandra GONZA. «El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional». *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, n.º 14, año 3, 2010, p. 4.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafo 135.

⁶¹ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, p. 126.

⁶² Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. 27 de marzo de 2009, párrafo 7.6.

las medidas económicas de valor cultural, como el pastoreo, pesca, agricultura, recolección, entre otras, se encuentran directamente relacionadas con el territorio de los pueblos indígenas. Además, las circunstancias que pueden comprometer a que estas actividades no se realicen son precisamente los planes de inversión, de desarrollo o las concesiones de gran escala. De esta manera, el tercer supuesto se podría entender de forma conjunta cuando estos planes de gran escala vayan a tener un gran impacto en el territorio o en las actividades económicas de valor cultural de las comunidades indígenas.

El derecho internacional de los pueblos indígenas se encuentra en una constante evolución producto de la diversidad de supuestos en que cada pueblo puede verse involucrado. Por ello no es increíble pensar que hoy en día se analizan diferentes casos de consentimiento «para la adopción de decisiones que afectan a los pueblos indígenas en el contexto de la protección de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual, de su reasentamiento cuando se establecen zonas protegidas, o ante la creación de parques naturales, reservas forestales o reservas de caza en las tierras y territorios de los pueblos indígenas».⁶³ Los tres supuestos antes mencionados no son un número cerrado, por lo que en el futuro podrían aparecer supuestos nuevos. Sin embargo, es importante señalar que hasta la actualidad son los tres supuestos que tienen mayor consenso en la doctrina y sustento en instrumentos internacionales o jurisprudencia.

2.2. LA INTERRELACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA CON OTROS DERECHOS

La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos se puede analizar en tres niveles. Como derecho mismo, se puede plantear una relación de género-especie con el derecho a la participación política que, en virtud de la interrelación con otros derechos, presenta claros vínculos con garantías como la no discriminación o el acceso a la información. Además, es posible afirmar que el derecho a la consulta es un derecho «instrumental», en tanto su ejercicio permitirá

⁶³ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y OXFAM. Ob. cit., p. 25.

el disfrute de otros derechos. En segundo lugar, en tanto mecanismo procedimental, el derecho a la consulta deberá, en lo que resulte aplicable, cumplir con los estándares del debido proceso. Finalmente, una mirada macro puede llevar a plantear la interrelación del derecho a la consulta con el llamado «derecho al desarrollo».

En relación con el primer punto, la Corte ha desarrollado una importante jurisprudencia respecto de la participación de las comunidades indígenas en toda toma de decisiones sobre sus tierras, participación que requerirá, a su vez, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos o comunidades indígenas. Al respecto, cabe traer a colación lo apuntado por Ruiz, quien señala que «debe garantizarse la representación de los grupos étnico-culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos»⁶⁴ y precisa que ello no se agota en la representación en instancias estatales, pues «los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; solo de esta forma se les permitirá «hablar por sí mismos [...] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en que habitan».⁶⁵ Es atendiendo a ello que Ruiz entabla una relación inherente entre el derecho a la propiedad, el derecho a la participación, y el derecho a la identidad cultural.⁶⁶

No obstante, la interrelación entre propiedad, participación e identidad cultural no es la única posible. Hemos establecido a lo largo de este documento que la consulta no resulta aplicable únicamente a las medidas susceptibles de afectar el derecho de propiedad. En este sentido, si la consulta estuviera vinculada a medidas educativas, la interrelación se presentaría entre el derecho a la educación, participación e identidad cultural.

De esta manera, el derecho a la consulta resulta un derecho procedimental que hace viable el ejercicio de otros derechos indígenas

⁶⁴ RUIZ, Osvaldo. Ob. cit., p. 225.

⁶⁵ *Ib.*, p. 226.

⁶⁶ Cf. SALMÓN, Elizabeth. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*, p. 54.

como el derecho a las tierras o el derecho al desarrollo.⁶⁷ En este sentido, mantiene una marcada interdependencia con otros derechos que no pueden interpretarse de forma aislada, toda vez que ello es incompatible con la naturaleza interdependiente e indivisible del conjunto de derechos.⁶⁸

Coincidimos con Clavero cuando señala que el carácter procedimental del derecho a la consulta varía según el grado de reconocimiento de los otros derechos indígenas y se ve afectado por la precariedad de otros derechos sustantivos. De esta forma, en Estados que no reconozcan eficazmente el derecho a la propiedad comunal será difícil el reconocimiento pleno del derecho a la consulta; mientras que, por el contrario, en Estados que hayan logrado la delimitación, la demarcación y la titulación será mucho más fácil determinar el contenido del derecho a la consulta. Refiriéndose en concreto al pueblo mapuche, Clavero insiste en que «la consulta funciona como garantía cuanto se trata de una situación existente, pero no cuando es asunto de un derecho debido, como el derecho a las tierras ancestrales del pueblo mapuche».⁶⁹

En este sentido, el derecho a la consulta adquiere roles sustantivos porque con su ejercicio se ve tutelada la supervivencia de los pueblos indígenas, presupuesto de todos los demás derechos indígenas.⁷⁰ La contribución de la jurisprudencia de la Corte Inte-

⁶⁷ Cf. CLAVERO, Bartolomé. «La consulta desde el derecho internacional». Exposición realizada en el seminario «Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo», 18 de enero de 2012.

⁶⁸ Cf. RUIZ, Juan Carlos y Luis ROEL. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011, pp. 37 y 133.

⁶⁹ CLAVERO, Bartolomé y otros. Debate sobre el valor integral del convenio 169 sentencia del tribunal de apelaciones de Temuco, 2010. Disponible en: <<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/02/valor-integral-del-convenio-169.pdf>>.

⁷⁰ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en las sentencias C-620 de 2003 y T-382-2006 que el derecho a la consulta tiene un carácter fundamental y se encuentra estrechamente relacionado con la subsistencia de los pueblos indígenas. Cf. JAHNCKE, Javier y Rocío MEZA. *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de las experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de*

americana se encuentra precisamente en el reconocimiento de la interdependencia de la consulta con otros derechos. La Corte Interamericana carece de competencias para pronunciarse sobre las violaciones del Convenio 169 o de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, al analizar las violaciones de los derechos humanos de miembros de pueblos indígenas, como el derecho a la propiedad, la Corte examina el contenido del derecho a la consulta así como otros derechos de los pueblos indígenas. Esta perspectiva de interdependencia aporta en la determinación del alcance del derecho a la consulta y sus posibilidades de reparación en caso de vulneración.

Pero además, en tanto derecho en sí mismo, el derecho a la consulta debe respetar el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, como garantía transversal al disfrute de todo derecho. Asimismo, en el marco del deber de satisfacción del derecho a la consulta debe anotarse la necesidad de otorgar a los pueblos indígenas toda la información necesaria para que puedan tomar posición, brindándoles un adecuado acceso a la información.

En segundo lugar, es importante recordar que las garantías del debido proceso se extienden a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. Ello en la medida que la finalidad de un sistema o mecanismo de protección de derechos no tendría un efecto útil (*effet utile*) si no se incluyen los diversos procedimientos que puedan afectar los derechos humanos. Esto se explica por la necesidad de brindar salvaguardas fundamentales a todo procedimiento en el que potencialmente se afecten derechos.⁷¹

Finalmente, bajo el paradigma del derecho al desarrollo, es innegable el papel que juega la consulta en materia de derechos de los pueblos indígenas. De acuerdo con el preámbulo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo,⁷² este se configura como derecho humano inalienable, entendiéndolo como el «proceso global económi-

industrias extractivas. Lima: CIDSE Secretariat; Muqui. Red de Propuesta y Acción; y Fedepaz. Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz, 2010, p. 67. Disponible en: <<http://www.fedepaz.org/adjuntos/LIBRO-CONSULTA.pdf>>.

⁷¹ Cf. *ib.*, p. 85.

⁷² Cf. resolución 41/128 de la Asamblea General, del 4 de diciembre de 1986.

co, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan». En el mismo sentido, el artículo 1 de la Declaración lo postula como un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales; a contribuir a ese desarrollo; y a disfrutar de él.

En este contexto, el desarrollo como derecho humano apuesta por ser un proceso que conlleve no solo el desarrollo o crecimiento económico, sino algo más amplio, llamado «bienestar general», concepto íntimamente relacionado con el de «equidad» y «justicia». Se trata, por tanto, de un proceso dinámico en el que los elementos que constituyen el desarrollo son interdependientes. No es un concepto global o la suma de un conjunto de derechos, sino que el resultado del proceso de desarrollo es de por sí un derecho humano que entraña obligaciones. Sin embargo, el derecho a ese proceso es distinto del derecho al resultado.

Sengupta también ha descrito este proceso como la mejora de un «vector de los derechos humanos»⁷³ compuesto por varios elementos. Cada elemento del vector es un derecho humano, como lo es, a su vez, el propio vector, en la medida que el derecho al desarrollo forma parte integrante de los derechos humanos. De esta manera, la mejora en la realización del derecho al desarrollo se definiría como la mejora de todos los elementos del vector (es decir, de los derechos humanos), o como mínimo de uno de sus elementos. Asimismo, dado que los derechos humanos son inviolables y que entre ellos no existe prelación, la mejora de cualquiera de los derechos no puede menoscabar a otro. En razón de ello, la condición para mejo-

⁷³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Estudio sobre el estado actual de la aplicación del derecho al desarrollo presentado por el señor Arjun Sengupta, experto independiente de conformidad con la resolución 1998/72 de la Comisión y la resolución 53/155 de la Asamblea General. E/CN.4/1999/WG.18/2. 27 de julio de 1999, párrafo 67.

rar el derecho al desarrollo es fomentar o mejorar la realización de un número mínimo de derechos, sin deteriorar o violar los demás.

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

2.3. LAS REPARACIONES POR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA

El artículo 31 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que toda violación del derecho internacional genera el deber de reparar para eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito internacional.⁷⁴ Esta norma consuetudinaria de derecho internacional general,⁷⁵ no obstante, adopta particularidades para el caso de las violaciones de los derechos indígenas.⁷⁶ En el marco del Sistema Interamericano, por ejemplo, la Corte Interamericana ha considerado que la reparación debe concertarse con las organizaciones indígenas representa-

⁷⁴ Cf. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 53.º sesión, 2001, Doc. ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de enero de 2001. Artículo 31.- «Reparación. 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito».

⁷⁵ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes / Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010, p. 83 y ss. Además, cf. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C N.º 241, párrafo 76; Corte IDH. *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Serie C N.º 77, párrafo 62; y Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de febrero de 2012. Serie C N.º 240, párrafo 276.

⁷⁶ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). Ob. cit., p. 85.

tivas y debe ser respetuosa de las diferencias culturales y del derecho consuetudinario.⁷⁷

Al respecto, conviene señalar que los Convenios 107, 169 y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas establecen ciertas reglas para remediar las violaciones de los derechos de estos pueblos. En este sentido, la Corte ha recogido los razonamientos de estos instrumentos normativos sin referirse explícitamente a ellos, tales son la importancia de la restitución de las tierras ancestrales y la posibilidad de la entrega de otras tierras. Además, la Corte ha adoptado estándares sobre temas no abordados por estos instrumentos internacionales a fin de otorgar justicia a los pueblos indígenas, garantizar las posibilidades de desarrollo futuro de los pueblos indígenas y, como último fin, asegurar su supervivencia.

Como señalan Rodríguez Garavito y Lam, las reparaciones de las violaciones de los derechos indígenas deberían ser «intergeneracionales», puesto que transitan entre el pasado y el futuro.⁷⁸ Las reparaciones a favor de los pueblos indígenas asumen las deudas históricas que originaron las violaciones de los derechos indígenas;⁷⁹ y establecen condiciones beneficiosas para el futuro. Es por ello que puede observarse que los estándares de la Corte Interamericana se encuentran destinados a reparar los hechos ilícitos internacionales, así como a transformar las sociedades que fueron escenarios de la discriminación estructural en contra de los pueblos indígenas.

La violación del derecho a la consulta puede comprender dos clases de hechos ilícitos internacionales: la «omisión completa de la consulta de la población afectada por una medida o proyecto» o «una consulta inadecuada».⁸⁰ En primer lugar, una violación de

⁷⁷ Cf. *ib.*, p. 88.

⁷⁸ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Yukyan LAM. «Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia». En Morten Begsmon y otros (eds.). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, p. 361.

⁷⁹ Cf. GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*. Nueva York: Brill, Transnational Publishers Inc., 2006, p. 17 y ss. «International law is increasingly used as a tool to address past human rights violations. Indigenous peoples' land rights have entered the contemporary challenge of reparation for historical injustices».

⁸⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). *Ob. cit.*, p. 83 y ss.

los derechos de los pueblos indígenas se configuraría cuando los Estados no realizan la consulta previa sobre una medida administrativa o legal que afectaría un derecho sustantivo de los pueblos indígenas; tal como ocurrió en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* respecto de las concesiones mineras y forestales sobre tierra ancestral o en el caso *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* referido a la declaratoria de una reserva privada en territorio del pueblo indígena ubicado en el Chaco paraguayo. En segundo lugar, otra clase de violación que se podría cometer consistiría en el caso en el que un Estado inicia un procedimiento de consulta previa sin respetar los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos sobre interculturalidad, oportunidad de la consulta, entre otros.

La Corte Interamericana ha conocido casos referidos al primer supuesto (cuando no ha habido consulta previa) y no se ha pronunciado sobre los otros casos (cuando los pueblos indígenas han sido consultados insatisfactoriamente). Como se verá, pese a no haberse referido a las medidas reparatorias sobre el segundo supuesto, la Corte Interamericana ha brindado diversos lineamientos para estos escenarios al conocer casos sobre violaciones graves de los derechos humanos y al examinar situaciones de discriminación estructural de los pueblos indígenas, cuando ha dictado las reparaciones por hechos ilícitos internacionales.

En particular, la Corte Interamericana ha producido por lo menos cinco estándares en materia de reparación del derecho a la consulta teniendo en cuenta la interdependencia de los derechos indígenas.

2.3.1. Las tierras, los territorios y los recursos naturales deben, por regla general, restituirse

Se ha señalado anteriormente que la tierra resulta importante para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, y ante su privación corresponde la devolución de los territorios ancestrales. El artículo 28.1 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas establece que deberá repararse la pérdida de tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han

sido utilizados por los pueblos indígenas sin haber dado su consentimiento libre, previo e informado. En dicho artículo se establece que las medidas reparadoras aplicables serán la restitución de las tierras, territorios y recursos naturales, por regla general. Solo en caso de que no sea posible la restitución, podrán aplicarse otras medidas de indemnización justa y equitativa mediante otras tierras o, subsidiariamente, la indemnización monetaria u otras medidas. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas consagra medidas reparadoras por la afectación de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas que, en los textos del Convenio 107 y del Convenio 169, se condicionaban a situaciones específicas como el desplazamiento o la disposición de las tierras.⁸¹

Asimismo, antes de la adopción de la Declaración, la Corte Interamericana estableció que la restitución de las tierras ancestrales resulta la principal medida para reparar los actos de pérdida del territorio. La Corte ha optado por la restitución de la totalidad de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas afectados,⁸² de

⁸¹ El Convenio 107 determinó en el artículo 12,3 que las poblaciones indígenas y tribales deberán recibir indemnizaciones en casos de desplazamiento de sus territorios originarios respecto de toda pérdida o daño como consecuencia del desplazamiento (entre esas pérdidas y daño se comprendería la privación total o parcial de los derechos de propiedad, siempre que exista un desplazamiento indígena). Por su parte, el Convenio 169 reitera la necesidad de reparación por el desplazamiento indígena en su artículo 16,5, estableciendo otras garantías a favor de los pueblos indígenas. Además, el Convenio 169 establece en su artículo 16,4 las reglas reparadoras aplicables para el desplazamiento; de esta manera, se dispone que las tierras sean restituidas o indemnizadas mediante el otorgamiento de otras tierras. Asimismo, en el artículo 16,4 no se descarta la posibilidad de que las tierras sean valoradas económicamente, a condición de que los pueblos indígenas prefieran recibir indemnizaciones monetarias. Asimismo, el artículo 15 establece otros supuestos que derivan en medidas reparadoras a favor de los pueblos indígenas, así deberá indemnizarse a los pueblos indígenas de aquellos daños derivados de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales ubicados en territorio indígena; independientemente de la titularidad del Estado como dominio eminential sobre los recursos minerales o de los recursos del subsuelo. Al respecto, cf. GILBERT, Jeremy. *Ob. cit.*, p. 143 y ss.

⁸² Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafos 211-217.

modo tal que no es posible como regla general la restitución parcial de los territorios indígenas afectados. Ahora bien, la Corte ha considerado que una condición esencial para la entrega de las tierras se encuentra en la titulación de los territorios indígenas. Asimismo, la Corte incluso ha solicitado la constitución de un fondo para la compra de las tierras de las que sean propietarios terceros de buena fe.⁸³ De este modo, la Corte ha ordenado que los Estados deberán delimitar, demarcar y titular los territorios indígenas a fin de viabilizar la devolución de las tierras ancestrales privadas por hechos ilícitos internacionales⁸⁴ y que no se deberá agravar las situaciones existentes por la acción u omisión de los agentes estatales, así como por la acción de terceros.⁸⁵

Sin embargo, el planteamiento de la Corte Interamericana no ha sido enteramente radical en este aspecto. En efecto, la Corte ha reconocido que las tierras ancestrales pueden haber sido otorgadas a terceros de buena fe y ha planteado opciones más pragmáticas. De este modo, la Corte ha ordenado la indemnización mediante el otorgamiento de otras tierras o, en el último de los casos, mediante indemnizaciones monetarias (ambos supuestos contemplados en el Convenio 169 de la OIT).

Respecto de la privación de recursos naturales y el dolor de los pueblos indígenas asociado por la privación del territorio, así como respecto de la privación temporal de territorio, la Corte ha considerado que las indemnizaciones resultan importantes para compen-

⁸³ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafo 218.

⁸⁴ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, párrafos 209-211; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párrafos 210-215; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 194; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, párrafos 281-282.

⁸⁵ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 1 de febrero de 2000. Serie C N.º 66, párrafos 153-161.

sar los derechos de los pueblos indígenas.⁸⁶ Estos montos indemnizatorios podrían financiar obras o servicios de interés colectivo en beneficio de los pueblos indígenas afectados.⁸⁷

Creemos que existe una predisposición del Sistema Interamericano por que la tierra se devuelva a los propietarios ancestrales. Ello se justifica en que los territorios indígenas suelen tener características morfológicas que son difícilmente equiparables con otros territorios, o resulta irreal que las vinculaciones culturales y ancestrales con determinados territorios se indemnicen con la entrega de otras tierras (o menos aún, con la entrega de dinero).

2.3.2. Las reparaciones deberán tener una perspectiva colectiva

La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas consagra tanto derechos individuales como derechos colectivos y reconoce el derecho de reparación a los pueblos indígenas tanto individual como colectivamente en los siguientes términos: «Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho [...] a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos». Asimismo, en varias de sus disposiciones se dispone que se repare a los pueblos indígenas por diversos hechos ilícitos. Por ejemplo, se establece que los Estados deberán reparar a los pueblos indígenas por el expolio de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales; así como por la privación de las tierras, territorios y recursos ancestrales sin la obtención del consentimiento previo, libre e informado respectivamente en los artículos 11 y 28. Asimismo, en los artículos 20 y 32 se establece que debe repararse a los pueblos indígenas por la alteración de sus medios de subsistencia y desarrollo, así como por la afectación a sus tierras o territorios y otros recursos por actividades económicas de extracción de recursos naturales.

Ahora bien, este derecho a la reparación depende de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Has-

⁸⁶ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). Ob. cit., p. 91 y ss.

⁸⁷ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 1 de febrero de 2000. Serie C N.º 66, párrafo 167.

ta el día de hoy, los pueblos indígenas no tienen subjetividad internacional ante el Sistema Interamericano; por esta razón, los pueblos indígenas no pueden reclamar derechos colectivos ante la Corte Interamericana. Sin embargo, esto no ha impedido que este órgano adopte medidas reparadoras desde una perspectiva que busque asegurar tanto los derechos individuales y los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ello, para el caso de la privación de la propiedad comunal, la Corte ha ordenado que la titulación de las tierras ancestrales indígenas de las víctimas del caso concreto tenga también efectos generales respecto del pueblo indígena.

En este sentido, en el caso de las indemnizaciones pecuniarias es donde se verifica la interrelación de los derechos individuales y derechos colectivos, la Corte ha incorporado tanto los estándares de indemnización individual como colectiva. Así, al reconocer los fallecimientos o los padecimientos de víctimas específicas, la Corte ha establecido reparaciones individualizadas para remediar el daño concreto por el dolor y el sufrimiento. Asimismo, en casos de padecimientos generalizados por situaciones de discriminación estructural así como por graves violaciones de los derechos humanos, la Corte ha determinado la creación de fondos de desarrollo comunitario.⁸⁸ Además, la Corte Interamericana ha ordenado que los Estados otorguen servicios y bienes necesarios para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, tales como la atención médica, el saneamiento de las viviendas de los pueblos indígenas, la provisión de agua potable y alimentos, la construcción de carreteras y la mejora de la infraestructura de las instituciones educativas a las que atienden los pueblos indígenas.⁸⁹ Mediante estas medidas,

⁸⁸ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moitwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, párrafos 213-215; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafos 205-206; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párrafos 224-225.

⁸⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafo 221; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párrafo

la Corte ha beneficiado a los individuos calificados como parte lesionada por la Corte, así como a otros miembros de los pueblos indígenas, y, en suma, para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

A partir de lo anterior, puede considerarse que la Corte Interamericana ha establecido medidas reparadoras destinadas a trascender a las personas que conforman pueblos indígenas. Esta lógica colectiva de la reparación debe tomarse en cuenta cuando no se realicen procedimientos de consulta o cuando tales procedimientos no cumplan con las garantías consagradas en el derecho internacional de los derechos humanos.

2.3.3. Desplazamiento y reasentamiento

La pérdida de territorio (por efecto de la ausencia de consulta previa o por procedimientos de consulta mal encaminados) tiene como efecto directo la salida de los pueblos indígenas de su territorio ancestral. Al respecto, la Corte ha desarrollado condiciones para reparar el desplazamiento indígena que puede darse por la violación del derecho a la consulta.

Para comprender las reparaciones por el desplazamiento indígena, debemos analizar cómo ha evolucionado la prohibición en el derecho internacional puesto que progresivamente se generan mayores obligaciones a los Estados para prevenir, mitigar y remediar el abandono forzoso de los territorios habitados por los pueblos indígenas que deben tomarse en cuenta para determinar las medidas reparadoras, tales como el derecho de retorno en condiciones de seguridad de los pueblos indígenas.

Resulta conveniente señalar que el desplazamiento de los pueblos indígenas ha sido una problemática reconocida por el derecho internacional durante varias décadas. En atención a ello, los Convenios 107 y 169 así como la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas disponen salvaguardas y medidas reparadoras

230; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, párrafos 301-306.

para los pueblos indígenas y tribales.⁹⁰ En cada uno de estos instrumentos se establece la necesidad del consentimiento de los pueblos indígenas y tribales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 107, no se prohíbe el desplazamiento si es que se cumple con los requisitos dispuestos en la legislación interna de cada Estado y si se establece que la población indígena reciba tierras similares o indemnizaciones monetarias. En ese orden de ideas, las indemnizaciones monetarias solo resultan si la población indígena muestra predisposición a compensaciones en dinero o en especies.

Por su parte, el Convenio 169 otorga una protección general a los pueblos indígenas estableciendo la prohibición general del desplazamiento de sus tierras habitadas tradicionalmente tal como se dispone en su artículo 16,1. Asimismo, en el artículo 16,2 del Convenio 169 se adoptan salvaguardas adicionales como, por ejemplo, que exista realmente una razón imperiosa para el desplazamiento, que el pueblo indígena otorgue su consentimiento (salvo en situaciones excepcionales donde sea irracional solicitar el consentimiento) y siempre que el desplazamiento se substancie en procedimientos adecuados. El artículo 16,3 profundiza en la protección de los pueblos indígenas señalando que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de retorno a sus comunidades. Si bien el Convenio 169 reconoce reparaciones análogas en su artículo 16,4, se dispone que estas medidas reparadoras solo puedan desplegarse cuando el retorno a los territorios indígenas no sea posible por razones fundadas.

Como ocurre con todos los asuntos relacionados con los derechos indígenas, la Corte Interamericana carece de disposiciones destinadas a proteger a los pueblos indígenas frente al desplazamiento de sus territorios. Sin embargo, la Corte ha interpretado el artículo 22 de la Convención Americana que consagra el derecho de circulación y residencia para proteger a los pueblos indígenas frente al desplazamiento forzado. En el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, caso referido a la desaparición forzada de un líder indígena maya, además de los actos de persecución contra sus familiares seguidos del desplazamiento y del exilio forzado de varios de sus miembros, la Corte verificó la dificultad que afrontan los miembros

⁹⁰ Cf. GILBERT, Jeremy. Ob. cit., p. 142 y ss.

de pueblos indígenas cuando son desplazados de sus territorios. Concretamente, la Corte constató la afectación de la familia de Florencio Chitay Nech y señaló que:

[E]l desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral. [...] En consecuencia, conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, el Tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que «[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas», por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.⁹¹

Resulta relevante que la Corte Interamericana se preocupe por la prevención del desplazamiento forzado, así como por la adopción de medidas tanto mitigatorias como reparadoras. En otra sección de la sentencia, la Corte Interamericana consideró que el artículo 22 de la Convención Americana incluye la protección frente al desplazamiento, medidas de mitigación, la investigación de los hechos y, finalmente, reparaciones en los siguientes términos:

Al respecto, en coincidencia con la comunidad internacional, este Tribunal reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no solo el deber de adoptar medidas de prevención sino también rea-

⁹¹ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C N.º 212, párrafos 146-147.

lizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración.⁹²

Otro caso que resulta importante en materia de reparación de los derechos indígenas por actos de desplazamiento se encuentra en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la Corte Interamericana evidenció que los saramaka abandonaron sus territorios en razón de la violencia ejercida por el Ejército surinamés y no podrían regresar puesto que temían volver debido a que las almas de las víctimas ejecutadas no habían recibido justicia. La Corte consideró que se violó el derecho a la libertad de circulación debido a que la impunidad colocaba restricciones de facto a este derecho.⁹³ En este caso, la Corte consideró necesario que el Estado demandado otorgase las condiciones necesarias para el retorno de la población que se desplazó dentro de las fronteras de Surinam e incluso huyó a la Guyana francesa.⁹⁴

Fuera de estos pronunciamientos, para analizar las medidas reparatorias por actos de desplazamiento indígena conviene analizar los pronunciamientos de la Corte Interamericana en los casos paraguayos que fueron analizados anteriormente al analizar el contenido colectivo del derecho a la propiedad. En dichos casos, los pueblos indígenas fueron privados de su propiedad comunal a la par que tales territorios ancestrales eran entregados en propiedad a particulares o se declararon reservas naturales los territorios indígenas. Estas

⁹² Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C N.º 212, párrafos 149.

⁹³ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, párrafos 119 -121.

⁹⁴ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, párrafos 212.

medidas no solo no fueron consultadas a los pueblos indígenas, sino que la injerencia en la propiedad comunal condujo al desplazamiento a algunos pueblos indígenas. Como hemos señalado anteriormente, para reparar las interferencias frente al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha privilegiado la restitución de las tierras tradicionales respecto de otras formas de reparación, tales como la indemnización mediante la entrega de otras tierras o la indemnización pecuniaria. Con la restitución de las tierras indígenas se incentiva el retorno de los pueblos indígenas a sus lugares de origen. De esta manera, la Corte Interamericana ha ordenado medidas reparadoras que faciliten y presupongan el retorno de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales.

De este modo, puede concluirse que la Corte Interamericana ha privilegiado el retorno de los pueblos indígenas como la medida adecuada por el desplazamiento involuntario de sus territorios ancestrales.

2.3.4. Las reparaciones deben tener un efecto transformador de las inequidades previas

Si clasificamos los casos sobre pueblos indígenas conocidos por la Corte Interamericana, podemos señalar que estos se refieren básicamente a la vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la violencia política, además de la discriminación estructural que los han colocado en situaciones extremas de subsistencia. Atendiendo a ambas realidades, la Corte Interamericana ha adoptado reparaciones que llamaremos de pretensiones múltiples. Las reparaciones buscan reconocer las deudas históricas debidas a los pueblos indígenas, interrumpen los ciclos de discriminación estructural e incentivan el cambio de la situación de pobreza de los grupos afectados.

Bajo esos presupuestos puede entenderse por qué la Corte Interamericana ha ordenado la conformación de programas educativos, fondos de desarrollo, programas de salud materna e infantil, entre otras medidas. Con esto, la Corte busca eliminar las consecuencias de los hechos ilícitos sometidos a su jurisdicción además de garantizarles a los pueblos indígenas las condiciones para su desarrollo autónomo.

En los casos *González Banda y otras («Campo Algodonero») vs. México*⁹⁵ y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*,⁹⁶ la Corte Interamericana planteó la idea de que las reparaciones no deben limitarse a reparar los hechos ilícitos internacionales concretos, sino que deben transformar las estructuras sociales que sustentaron tales violaciones. Así, por ejemplo, en el caso *González Banda y otras («Campo Algodonero») vs. México*, la Corte Interamericana determinó lo siguiente al definir las reparaciones por la situación de discriminación de las mujeres en Ciudad Juárez:

La Corte recuerda que el concepto de «reparación integral» (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.⁹⁷

Hasta la fecha, en ningún caso sobre derechos indígenas posterior a ambas sentencias, la Corte Interamericana ha señalado que las reparaciones de los pueblos indígenas deben tener efectos correctivos. No obstante, consideramos que la Corte ha adoptado medidas reparadoras antes y después de ambas sentencias en las que la Corte elabora estos razonamientos referidos a que las reparaciones corrijan las desigualdades previas. Solo así puede entenderse, por

⁹⁵ Cf. Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 450.

⁹⁶ Cf. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239, párrafo 267.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 450.

ejemplo, que la Corte haya ordenado reparaciones en materia de vivienda y proyectos de desarrollo en el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* al examinar el exterminio de la población maya por parte de agentes estatales guatemaltecos.⁹⁸ Con la ejecución de dichos programas, el Estado de Guatemala transformaría la situación de exclusión que antecedió y se acentuó durante la violencia armada guatemalteca.

Otro ejemplo de la adopción de reparaciones con efecto transformador se encuentra en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. En dicho caso, Inés Fernández Ortega, una mujer indígena me'phaa de condición humilde y analfabeta, fue víctima de violencia sexual por parte de un militar que irrumpió en su domicilio junto con otros dos militares que observaron la agresión sexual cometida contra la víctima. La Corte verificó que estos actos respondían a patrones de exclusión de las mujeres indígenas en el estado de Guerrero, especialmente en los sistemas de administración de justicia. En atención a esta realidad, la Corte ordenó la constitución de un centro comunitario sobre derechos humanos y derechos de la mujer, así como medidas para que las niñas de la comunidad de Barranca Tecoani cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas para continuar recibiendo educación en las instituciones educativas.⁹⁹ Ambas medidas reparadoras se encuentran directamente destinadas a transformar las condiciones existentes de las mujeres del entorno social de la víctima del caso.

En suma, puede establecerse que la Corte Interamericana ha venido adoptando reparaciones con efecto transformador destinadas a recomponer las estructuras sociales que facilitaron las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. La existencia de medidas de reparación transformadoras debe tomarse en cuenta en la reparación de hechos ilícitos internacionales que no han sido consultados, así como en los procedimientos de consulta que no sean llevados

⁹⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C N.º 116, párrafos 105-117.

⁹⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafos 267 y 270.

a cabo satisfactoriamente. Debe recordarse que la consulta previa busca establecer una nueva relación entre los pueblos indígenas, reconociéndoles determinadas autonomías y, a su vez, estableciendo medidas incluyentes en la adopción de las tomas de decisiones.

2.3.5. Los pueblos indígenas deben participar en el establecimiento y la gestión de las medidas reparadoras

La interdependencia de la consulta con otros derechos se verifica también en materia de reparaciones por las violaciones de los derechos indígenas. Para remediar las violaciones del derecho a la propiedad comunal, la Corte Interamericana ha solicitado a los Estados que se consulte a los pueblos indígenas de modo previo, libre e informado sobre las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana.¹⁰⁰ De este modo, también deberá consultarse a los pueblos indígenas sobre los programas de titulación de la propiedad comunal; los fondos destinados a programas de vivienda, salud o educación; así como sobre las demás medidas administrativas y legales.

En el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte verificó la ausencia de consulta por las concesiones forestales y mineras sobre territorios tribales determinando que por ello se vulneró el derecho a la propiedad del pueblo indígena. Por ello, la Corte ordenó, a título de reparaciones, que Surinam consulte a los pueblos tribales afectados respecto de diferentes medidas administrativas y legales. En la sentencia de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, la Corte estableció que las medidas reparadoras debían consultarse al pueblo tribal afectado:

- (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka;
- (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran;
- (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, prote-

¹⁰⁰ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). Ob. cit., p. 85.

- ger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
- (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
 - (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental; y
 - (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka.¹⁰¹

La consulta de las reparaciones resulta lógica y necesaria debido a que las reparaciones ordenadas por la Corte obligan al Estado a adoptar medidas administrativas y legales destinadas a regular los derechos de los pueblos indígenas. Tales medidas quedan cubiertas por las disposiciones del artículo 6 del Convenio de la OIT que señala que toda medida que afecte a los pueblos indígenas deberá consultarse, incluyendo en «toda medida» tanto los supuestos de limitaciones de derechos así como las medidas que favorezcan a los pueblos indígenas como las reparaciones. Además, la consulta previa en materia de reparaciones resulta necesaria puesto que con su ejercicio se resguardan los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. En efecto, mediante la consulta de las medidas reparadoras, los Estados pueden asegurar que se respeta el derecho a que los pueblos indígenas puedan decidir sobre las prioridades que atañen en los procesos de desarrollo estimulados por las reparaciones ordenadas por la Corte. Finalmente, las reparaciones resultan una oportunidad para democratizar verdaderamente las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, y la consulta previa de los pueblos indígenas resulta útil para iniciar la participación de los grupos étnicos en los procesos decisorios.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 185, párrafo 16.

Cabe añadir que la Corte Interamericana ha colocado condiciones para el ejercicio de la consulta previa en materia de reparaciones. De esta manera, la Corte ha señalado que deben respetarse las prácticas culturales de los pueblos indígenas.¹⁰² Asimismo, la Corte ha constituido mecanismos de ejecución de consulta entre cuyos miembros se encuentran personas elegidas por los pueblos indígenas.¹⁰³ Estas salvaguardias buscan garantizar que mediante las reparaciones los Estados no emprendan políticas sociales integracionistas ni paternalistas. Finalmente, mediante estas salvaguardas se busca prevenir efectos adversos de aquellas medidas reparadoras que no cumplan sino que tergiversen los propósitos para los que fueron diseñadas.

¹⁰² Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Yukyan LAM. Ob. cit., p. 373.

¹⁰³ Cf. ib., p. 370; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124, párrafo 210; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2006. Serie C N.º 142, párrafo 206.

CAPÍTULO 3

LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL PERÚ Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. LA DIFUSA IDENTIFICACIÓN DE LO INDÍGENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Los pueblos indígenas fueron la población mayoritaria durante gran parte de la historia del Perú. A pesar de ello, históricamente esta población mayoritaria fue víctima de discriminación, lo cual no permitió que disfrute de todos sus derechos o incluso del reconocimiento pleno de su ciudadanía.

La legislación peruana reguló la cuestión indígena desde el momento de la independencia,¹ aunque no lo hizo desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respeto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas.² Hasta la promulgación de la Ley de Consulta Previa en septiembre de 2011, no existió una regulación que fuera aplicable a todos los pueblos indígenas en el Perú. Por el contrario, hasta ese momento, las referencias en la legislación peruana estuvieron dispersas en diferentes normas, dan-

¹ El general don José de San Martín proclamó el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, en el que abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú.

² Cf. CONTRERAS, Carlos. «El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX». *Histórica*, vol. XXIX, n.º 2, 2005, p. 81. Algunos ejemplos de leyes contrarias a los derechos indígenas pueden ser el decreto que abolió las tierras indígenas dado por Bolívar en 1825 o los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924.

do diversas calificaciones. Cuatro son por lo menos los nombres que han recibido los pueblos indígenas en la legislación peruana: comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades nativas y pueblos en situación de aislamiento voluntario. Estas diferenciaciones existen por la propia evolución histórica del país y por la relación del ordenamiento jurídico nacional con cada uno de estos grupos.³

3.1.1. Las comunidades campesinas

Las comunidades campesinas tienen reconocimiento constitucional en el capítulo VI del título III y, específicamente, en el artículo 89 de la Constitución de 1993, el cual reconoce el respeto de su identidad cultural. Además, legalmente tienen reconocimiento en la Ley General de Comunidades Campesinas, promulgada en 1987⁴ y reglamentada en 1991.⁵

La Ley General de Comunidades Campesinas las define en su artículo 2 como «organizaciones con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua». Si bien en la ley no se hace referencia al término «pueblos indígenas», se menciona que se debe respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades. Además, dispone que se debe propiciar el desarrollo de su identidad cultural, con lo que se entiende que se reconoce la diversidad cultural. Aunque la ley no hace referencia a ello, usual-

³ Cf. SALMÓN, Elizabeth. «Entre las promesas de consulta previa y la continuidad de la protesta social: la ambigüedad de la participación política indígena en el Perú». En Víctor Hugo Cárdenas y otros. *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2011, pp. 279-281.

⁴ Cf. Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas, publicada el 14 de abril de 1987.

⁵ Cf. Decreto Supremo 008-91-TR. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, publicado el 15 de febrero de 1991.

mente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana.⁶

Históricamente, las comunidades campesinas y, sobre todo desde la reforma agraria, han sido las agrupaciones indígenas de mayor contacto con el mundo urbano. Además, su población fue parte importante de las grandes migraciones del siglo XX.⁷ Sin embargo, no todas las comunidades campesinas son pueblos indígenas, dado que algunas de ellas pueden no cumplir con los criterios que el Convenio 169 de la OIT señala. No obstante, en la mayoría de los casos sí cumplirán con dichos requisitos.

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

La regulación de las comunidades campesinas respondió a un intento de integrar a las poblaciones indígenas en la economía de mercado. De esta manera, se buscó asimilar al indígena en la cultura occidental transformándolo en campesino. Sin embargo, aún en la actualidad muchas de las comunidades campesinas cumplen con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se les considere pueblos indígenas.⁸

⁶ Cf. FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. «Comunidades campesinas y nativas». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, p. 1084.

⁷ Cf. MATOS MAR, José. «Las migraciones campesinas y el proceso de urbanización en el Perú. Documento preparado para la UNESCO». Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000881/088100sb.pdf>>.

⁸ Cf. BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda. «El proceso de la comisión revisora de la legislación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas». En Alejandro Laos (ed.). *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Lima: ALLPA, 2004, p. 123.

3.1.2. Las rondas campesinas

Las rondas campesinas tienen reconocimiento constitucional en el artículo 149 de la Constitución de 1993, el cual señala que apoyarán a las comunidades campesinas y nativas para ejercer competencias jurisdiccionales. Además, se encuentran reguladas por la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, publicada el 7 de enero de 2003, cuyo reglamento fue dado por el Decreto Supremo 025-2003-JUS.

Si bien la ley es la que reconoce la personería jurídica de las rondas campesinas, es el reglamento el que las define, haciendo una diferenciación de acuerdo con la ubicación geográfica en la que se encuentren. De esta manera, el artículo 2 del reglamento establece que son rondas campesinas «las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural». Asimismo, son rondas comunales «las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas».

Las rondas campesinas son una forma de organización peculiar dentro del ordenamiento nacional. Su origen se dio en la sierra norte del país como respuesta a los problemas que conllevaron las reformas de la segunda mitad del siglo XX.⁹ Entre ellos se encontraban principalmente el abigeato y la falta de presencia del Estado en las zonas rurales de la sierra peruana. Sin embargo, si bien las rondas campesinas aparecieron en las últimas décadas, su sustento se encuentra en la cosmovisión de los pueblos indígenas y en su derecho consuetudinario. De esta manera, muchos de los miembros de las rondas campesinas son pobladores indígenas, y su ámbito de acción es sus propias tierras ancestrales.

La ley reconoce la diversidad cultural de las rondas campesinas cuando señala que podrán intervenir en la resolución de conflictos de acuerdo con sus costumbres.¹⁰ De igual manera, el reglamento

⁹ Cf. YRIGOYEN, Raquel. «Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal». *Allpanchis. Justicia comunitaria en los Andes*, vol. 1, año XXXIV, n.º 59-60, 2002, edición especial, p. 31.

¹⁰ Cf. Artículo 7. Ley 27908. Ley de Rondas Campesinas, publicada el 7 de enero de 2003.

también reconoce el respeto de su cultura y costumbres para el ejercicio de su derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución Política y las leyes.¹¹

Las rondas campesinas son una «forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local».¹² En ese sentido, las rondas campesinas responden a sus funciones como entes de resolución de conflictos. El grado de expansión e importancia que las rondas han alcanzado en el territorio nacional las ha transformado en actores de suma importancia, tanto así, que el pleno jurisdiccional penal de 2009¹³ les otorgó la potestad jurisdiccional sobre la base de una interpretación del artículo 149 de la Constitución. Dicha decisión se dio a pesar de que de una lectura literal de dicho artículo no se llega a esa interpretación.

Ahora bien, las rondas campesinas no siempre se encuentran circunscritas a una comunidad campesina específica, muchas veces trabajan con un conjunto de estas o sin mantener una relación directa con la organización comunal. A pesar de ello, en la mayoría de los casos sí son los pobladores indígenas quienes las componen y su actuación se basa en los usos y costumbres tradicionales.

3.1.3. Las comunidades nativas

Las comunidades nativas también tienen un reconocimiento constitucional en los artículos 89 y 149, los cuales les otorgan personería jurídica y potestad jurisdiccional, respectivamente. La ley que regula a las comunidades nativas es el Decreto Ley 22175 que fue publicado el 10 de mayo de 1978,¹⁴ mientras que su reglamento es

¹¹ Cf. Artículo 4. Decreto Supremo 025-2003-JUS. Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, publicado el 30 de diciembre de 2003.

¹² YRIGROYEN, Raquel. Ob. cit., p. 31.

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

¹⁴ Cf. Decreto Ley 22175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, publicada el 10 de mayo de 1978.

del 12 de abril de 1979.¹⁵ La Ley de Comunidades Nativas es el marco legislativo de pueblos indígenas más antiguo dentro de los aún vigentes, y responde a un contexto muy diferente del actual. Sus artículos no tienen como objetivo regular las comunidades nativas, sino promover la colonización de los territorios de la selva y desarrollarlos en el aspecto agrícola y ganadero.

De esta manera, la normativa peruana en materia de comunidades nativas responde a un enfoque asimilacionista, que buscó incorporar a la región de la selva dentro de la idea occidental de mercado. No obstante, la ley tiene presente la identidad cultural de las comunidades nativas, al mencionar que tienen su origen en «los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso».¹⁶ Además, a pesar del desfase temporal, la ley sí reconoce algunos derechos a las comunidades nativas, como la propiedad comunal, educación, jurisdicción en algunos temas, etcétera.

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

Por último, es necesario tener presente que al referirse a los pueblos indígenas de la selva peruana se está hablando de una población cuantitativamente importante dado que, según el censo del 2007, son 332.975 los pertenecientes a 51 etnias de 13 familias lingüísticas distin-

¹⁵ Cf. Decreto Supremo 003-79-AA. Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, publicado el 12 de abril de 1979.

¹⁶ Artículo 8 de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.

tas, siendo el pueblo asháninka el mayor.¹⁷ A diferencia de los pueblos indígenas de la sierra, la mayoría de los pueblos indígenas de la selva se encuentran en el ámbito rural (88,5% de la población asháninka y 80,9% del resto de personas con otra lengua de la selva),¹⁸ lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas.

3.1.4. Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial

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

Se debe resaltar que los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial no mantienen «una situación de no contacto con relación al resto de la sociedad, sino [...] una actitud mediante la cual estos pueblos se rehúsan a establecer relaciones permanentes con otros actores sociales con el objetivo de garantizar su supervivencia física y cultural».¹⁹ Usualmente, estos pueblos se encuentran localizados en las cuencas altas de los ríos de la selva alta o en sus tributarios en la selva baja.²⁰

Legalmente, los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran protegidos por la Ley 28736 de mayo de 2006,²¹ cuyo reglamento, el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES, es de octubre de 2007.²² Esta ley es importante porque fue la primera que ensayó una

¹⁷ Cf. BENAVIDES, Martín; Magrith MENA y Carmen PONCE. *Estado de la niñez indígena en el Perú*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2010, p. 24.

¹⁸ Cf. *ib.*, p. 27.

¹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*. Informe Defensorial n.º 101. Lima: Defensoría del Pueblo, 2006, p. 50.

²⁰ Cf. *ib.*, p. 50.

²¹ Cf. Ley 28736. Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicada el 18 de mayo de 2006.

²² Cf. Decreto Supremo 008-2007-MINDES. Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicado el 5 de octubre de 2007.

definición del término «pueblo indígena» en el ámbito nacional, y señaló que se trata de «aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra [y] forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución».²³

Con relación a los pueblos en aislamiento, la ley los define como aquellos que «no ha[n] desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas».²⁴ Mientras que los pueblos en contacto inicial son aquellos que han «comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional».²⁵

Mediante esta ley y su reglamento también se regulan las reservas indígenas, las cuales son creadas para que se respete el derecho a la propiedad de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Asegurar el derecho de propiedad es importante porque mediante la protección del territorio de los pueblos indígenas se pueden proteger derechos como su vida, integridad, salud, vida cultural, entre otros.²⁶ Además, el Estado debe tener presente en todo momento la situación de vulnerabilidad en la que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran.

La ley y su reglamento superaron la situación de indefensión y el vacío legal que existía con respecto a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial.²⁷ Sin embargo, para velar por una adecuada protección de sus derechos, se deben implementar medidas que velen por el respeto de lo establecido en la ley, especialmente en un contexto como el peruano, donde gran parte del territorio de la selva está en concesión para actividades de exploración o explotación minera o hidrocarburífera.²⁸

²³ Artículo 2(a).

²⁴ Artículo 2(b).

²⁵ Artículo 2(c).

²⁶ Cf. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párrafo 149. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C N.º 214, párrafos 214-217.

²⁷ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. cit., p. 56.

²⁸ Cf. <<http://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/perupetro/site/InformacionRelevante/MapaLotes/Mapa%20de%20Lotes>>.

3.1.5. A quiénes se puede considerar pueblos indígenas en el Perú

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

Otro factor que dificulta la identificación de los pueblos indígenas son las diversas denominaciones que estos han recibido, y los efectos que estas han causado en el propio grupo. A los pueblos indígenas, como ya se ha mencionado, se los ha llamado *campesinos*, *nativos*, *indios*, *mestizos*, *pueblos originarios*, lo que genera que, en muchas ocasiones, ellos mismos se encuentren fuertemente identificados con estas categorías. Esta diversidad de nombres ha hecho que los pueblos indígenas sean invisibles como categoría, lo que los perjudica al momento de ejercer ciertos derechos que se les ha reconocido internacionalmente, como la consulta previa. Esta situación ha sido reconocida por la Comisión de Expertos de la OIT que señaló que en el Perú «la definición de pueblo indígena se encuentra dispersa en diversas categorías para referirse y reconocer a los pueblos indígenas y como resultado no queda claro a quién se aplica el Convenio».²⁹

Por su parte, la campaña de asimilación basada en la figura del Estado-nación sostuvo la inexistencia de pueblos indígenas, entendiendo que en el Perú todos son, de alguna manera, mestizos. En este sentido, el mestizaje, tanto racial como cultural, también ha hecho invisible a la categoría de pueblos indígenas. Y es que socialmente se entiende que quien se encuentra en contacto directo con el aparato estatal o la sociedad occidental pierde la posibilidad de

²⁹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observaciones individuales Convenio 169 2008/79 reunión (OIT, 2009), p. 2, <http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf>.

identificarse como indígena. Esto representa un problema para un país en el que se han producido grandes migraciones del campo a la ciudad, como es el caso del Perú. Hasta la actualidad, los derechos de los pueblos indígenas urbanos no se han abordado legal o políticamente.

La autoidentificación también presenta algunos problemas. Mucha de la población indígena no se reconoce como tal, o lo que es peor, oculta su identidad. Dicha situación es producto de una larga historia de discriminación hacia las poblaciones indígenas en el Perú, quienes en varias circunstancias han decidido que se les considere bajo denominaciones que han tenido históricamente una reputación menos despectiva en el ámbito nacional, como sucede con el término «campesino».³⁰

No obstante, y a pesar del marco histórico-social del Perú, desde un punto de vista jurídico no importa la denominación legal o social que tenga el pueblo en cuestión, siempre y cuando las personas que lo componen cumplan con los elementos objetivo y subjetivo.³¹ Por ello, en el Perú, al referirnos a los pueblos indígenas se debe reconocer que nos encontramos con una pluralidad de poblaciones situadas en la costa, sierra y selva.

Los datos demográficos sobre la población indígena son inexactos y, generalmente, es por medio de la lengua que se ha llegado a una aproximación de población indígena en el Perú. Según ello, y conforme con las cifras ya señaladas, los pueblos indígenas mayoritarios serán el quechua y aymara, seguidos por las poblaciones de la selva, donde resaltan los asháninkas y awajún, entre muchos otros.³² Sin embargo, el lenguaje es solo uno de los signos distintivos de los pueblos indígenas, por lo que basarse únicamente en él podría traer consigo algunas imprecisiones. Adicionalmente, en el Perú no todos los pueblos indígenas hablan un lenguaje originario,

³⁰ Cf. ALBÓ, Xabier. «Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina». En *Actas del Congreso de la Asociación Latinoamericana de Antropología*. Rosario (Argentina), 12 de julio de 2005, p. 2. Disponible en: <<http://albo.pieb.com.bo/articulo1.htm>>.

³¹ Cf. YRIGOYEN, Raquel. *Derechos de pueblos indígenas vinculados a actividades extractivas*. Ottawa: Fundación Canadiense para las Américas, 2008, p. 2.

³² Cf. BENAVIDES, Martín; Magrith MENA y Carmen PONCE. Ob. cit., p. 26.

por lo que se deben tener presentes los otros criterios desarrollados por el Convenio 169 como, por ejemplo, sus instituciones ancestrales, la raza o el territorio que habitan.

Finalmente, debe considerarse que el concepto de pueblo indígena responde a la valoración dinámica del propio concepto, puesto que no se les puede entender como poblaciones «atrapadas en el tiempo». La población indígena responde a las circunstancias de su entorno. Tal como lo ha resaltado la Corte IDH,³³ ni siquiera su territorio debe entenderse de manera estática, dado que puede tratarse de poblaciones nómadas o que por diversos motivos se desplazaron en algún momento de su historia. En ese sentido y dada la compleja realidad peruana, los elementos analizados para determinar a una población indígena deben verse caso por caso, desde una perspectiva de interculturalidad y tomando distancia de posturas asimilacionistas.

3.2. LO INDÍGENA Y SUS ACTORES: LA PRECARIEDAD INSTITUCIONAL

La institucionalidad indígena comprende diversos temas. En el presente apartado se desarrollarán tres supuestos: la institucionalidad macrorregional o nacional de las organizaciones indígenas, la institucionalidad indígena dentro de las propias comunidades o pueblos indígenas, y la institucionalidad estatal indígena.

En Latinoamérica, no es común que exista una organización nacional que represente a todos los indígenas de un mismo país de manera institucionalizada. Ecuador es quizá el único ejemplo de ello,³⁴ aunque algunos rescatan también el caso de Bolivia. El caso peruano es peculiar porque no tuvo una evolución paralela a la de sus vecinos Ecuador o Bolivia, a pesar de compartir muchas de las características demográficas, geográficas, culturales, e incluso población, ya que muchos de los pueblos habitan indistintamente entre los territorios de dichos países.

³³ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrafo 107.

³⁴ Cf. QUIJANO, Aníbal. «Estado-nación y movimientos indígenas en la región Andina: "cuestiones abiertas"». OSAL. *Observatorio Social de América Latina*, año VII, n.º 19, 2006, p. 15.

La diversidad de los grupos indígenas en el Perú y sus agrupaciones generan diferentes formas de institucionalidad indígena. En efecto, las agrupaciones de la sierra o de la costa han respondido de forma diferente a las de la selva siguiendo el desarrollo histórico y trato diferenciado que han recibido desde el Estado y otros actores de la sociedad.

La frágil institucionalidad de los movimientos indígenas en el Perú ha sido materia de un largo debate. Por un lado, se ha dicho que en el Perú no existieron movimientos indígenas de gran alcance, por lo que se habla de un fracaso en este aspecto.³⁵ Perú fue una excepción en la región; porque, a pesar de tener una extensa población indígena, los movimientos de reivindicación no alcanzaron el auge que estos tuvieron en el resto de Latinoamérica, especialmente durante las décadas de los ochenta y noventa.³⁶ Sin embargo, por otro lado, otros estudios rescatan que la falta de institucionalidad en las organizaciones indígenas del Perú no es tan crítica. Estas posturas señalan que si bien no han existido en el Perú movimientos indígenas institucionalizados de alcance nacional como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) o la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), sí han existido organizaciones regionales que han influido de manera clara en su ámbito de acción y que no merecen ser menospreciadas en los análisis.³⁷

Desde uno u otro punto de vista, lo cierto es que en el Perú no han existido, en comparación con sus vecinos, movimientos indígenas nacionales articulados. Varias son las posibles razones. Entre ellas resalta el conflicto armado interno vivido entre 1980 a 2000 (precisamente el momento de mayor auge regional de estos movimientos). Esta situación ciertamente afectó a las poblaciones indígenas. En este sentido, debe recordarse que de acuerdo con el

³⁵ Cf. ALBÓ, Xabier. Ob. cit., p. 12.

³⁶ Cf. DEL ÁLAMO, Óscar. «El regreso de las identidades perdidas: movimientos indígenas en países centro-andinos». Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2006, p. 664.

³⁷ Cf. GARCÍA, María Elena y José Antonio LUCERO. *Sobre indígenas y movimientos: reflexiones sobre la autenticidad indígena, los movimientos sociales y el trabajo de campo en el Perú contemporáneo*. Popayán: Envió Editores, pp. 321-322.

Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, alrededor del 75% de las víctimas mortales fueron personas que tenían el quechua u otra lengua originaria como lengua materna.³⁸

Otra razón sería la falta de identificación del indígena como tal, lo que es producto de un largo proceso de asimilación que se incrementó tras la reforma agraria.³⁹ La asimilación se refleja en algunos de los términos empleados para los pueblos indígenas como, por ejemplo, «campesino», «nativo», «andino», «mestizo», entre otros. Esta diversidad de términos ayudó a erosionar la identidad indígena como conjunto. No obstante, la falta de una identidad indígena cohesionada ha sido mayor en la sierra —específicamente en el caso quechua— que en el caso de los pueblos de la selva.

Sin embargo, tampoco es verdad que no existan o hayan existido movimientos indígenas macrorregionales. Entre ellos, se pueden resaltar algunos que tienen varios años, como la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), la Coordinadora Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) o la Organización Nacional de Mujeres Andinas y Amazónicas (ONAMIAP). Además, se debe resaltar que, después de los hechos ocurridos en Bagua en el 2009, tanto las organizaciones mencionadas como otras más contemporáneas tienen participación más activa en la agenda nacional. Ello se refleja, por ejemplo, en el proceso para la elaboración del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

La institucionalidad indígena macrorregional, plasmada en los movimientos indígenas, resulta de suma importancia para velar de forma articulada por los derechos de los pueblos indígenas y para proteger otros intereses comunes entre ellos. En el ámbito interno, los pueblos indígenas se organizan dentro de las comunidades conforme a sus propias instituciones para resolver circunstancias tanto cotidianas como decisiones importantes que incidirán directamente en ellos. Esta organización interna es fundamental para entender

³⁸ Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. I, cap. 3: «Rostros y perfiles de la violencia».

³⁹ Cf. ALBÓ, Xabier. Ob. cit., p. 9.

las decisiones asumidas por la comunidad en casos como en los procesos de consulta previa.

La institucionalidad indígena al interior de las comunidades se basa en «el derecho de los pueblos indígenas a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas culturales y políticas [el cual] es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos»,⁴⁰ Dentro de estas instituciones se encuentran las formas de organización, el derecho que suelen aplicar para resolver sus controversias, la forma en que eligen a sus autoridades, los rituales de iniciación o de mayoría de edad, entre muchas otras. Ello no significa que los pueblos indígenas no tengan la oportunidad de crear nuevas formas de organización como, por ejemplo, sucedió en el caso de las rondas campesinas. En este sentido, las instituciones indígenas deben entenderse desde una perspectiva dinámica.⁴¹

Tanto las propias organizaciones indígenas macrorregionales como el Estado tienen el deber de respetar las instituciones de las comunidades, sus tradiciones, su derecho, su lengua y sus mecanismos de organización.⁴² En este sentido, el artículo 6 de la Ley de Consulta Previa recoge esta perspectiva dual de la institucionalidad indígena. Dicho artículo señala que los pueblos que participan de la consulta deben hacerlo basándose en sus instituciones, conforme a sus usos y costumbres y por medio de sus organizaciones representativas.

Desde el Estado, también ha habido un incremento del aparato gubernamental encargado de asuntos indígenas. La invisibilización e intento de asimilación de la identidad indígena no solo repercutió en la falta de organización indígena, sino que también contribuyó a que aquel no fuera un punto relevante en la agenda interna del Perú. No obstante, esta situación cambió ligeramente con el Gobierno de transición de Valentín Paniagua, quien creó mesas de diálogo

⁴⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 49.

⁴¹ Cf. *ib.*, p. 50.

⁴² Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. 27 de marzo de 2009, párrafo 7.4.

gos con expertos y líderes indígenas sobre los problemas que los agobiaban.⁴³

Otro paso importante fue la aparición de la Comisión Nacional para los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (CONAPA) dirigida por la ex primera dama Eliane Karp. No obstante, y producto de diversos conflictos y críticas que se formularon contra dicha institución, se decidió que fuera reemplazada por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA). El INDEPA fue creado el 6 de abril de 2005, por medio de la Ley 28495, como ente «rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos».⁴⁴ En un inicio estuvo adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Posteriormente, fue trasladado al Ministerio de la Mujer y Desarrollo y, por último, fue absorbido por el Ministerio de Cultura. El INDEPA es en la actualidad un órgano consultivo dentro del Ministerio de Cultura, adscrito al Viceministerio de Interculturalidad, y ha sido una de las principales entidades del Estado para el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa.

3.3. ¿POR QUÉ HA SIDO NECESARIA LA APROBACIÓN DE UNA LEY DE CONSULTA Y SU REGLAMENTO?

Desde el 7 de septiembre de 2011, los pueblos indígenas poseen una ley que les reconoce el derecho a la consulta previa, que complementa tanto el Convenio 169 de la OIT ratificado en el año 1994 así como toda la legislación anterior referida a los pueblos indígenas. Esta norma proviene de una historia signada por las resistencias indígenas frente a las políticas de desarrollo del Gobierno anterior que los llegó a calificar como ciudadanos de segunda clase. En el cierre de su campaña, Ollanta Humala, el entonces candidato del

⁴³ Cf. DEL ÁLAMO, Óscar. Ob. cit., p. 203.

⁴⁴ Ley 28495, artículo 2.

partido político Gana Perú señaló que «[s]i las comunidades no están de acuerdo con proyectos que pueden afectar el medio ambiente y el desarrollo de los grupos humanos, como el proyecto de la hidroeléctrica de Inambari, entonces esas obras no se ejecutarán. La voz del pueblo es lo más importante, y si llego a la Presidencia será por sus votos y nosotros defenderemos su voz». La primera norma aprobada por la presidencia de Ollanta Humala fue la Ley de Consulta, y fue aprobada en Bagua, lugar en el que se llevaron a cabo los enfrentamientos de los pueblos indígenas amazónicos con el Gobierno anterior. Al momento de su aprobación, el presidente Ollanta Humala señaló que esta norma rompería con una tradición de exclusión y reconocería a los pueblos indígenas en las tomas de decisiones que los afecten.⁴⁵ De este modo, el presidente cumplió con una promesa electoral y marcó un punto de quiebre frente a las políticas de desarrollo del Gobierno. En el presente capítulo, se examinará cómo la Ley de Consulta (y su reglamento) desarrolla, incorpora o contraviene los estándares internacionales en materia del derecho a la consulta previa. Asimismo, se examinarán algunos problemas de contexto que condicionan la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas peruanos.

Como se ha señalado, en el seno de la OIT, se adoptaron las primeras normas que reconocieron derechos a los pueblos indígenas frente a condiciones laborales extremas cercanas a la esclavitud. Estas normas, en su conjunto, se conocen como Código Laboral Nativo. El Estado peruano, como ocurre con gran parte de los Estados americanos, no ratificó ninguno de estos tratados laborales. Progresivamente, estos estándares han sido dejados de lado al incorporarse convenios laborales generales o con la adopción de los Convenios 107 y 169 que protegen los derechos de los pueblos indígenas en general, incluidos los derechos laborales.

⁴⁵ En su cuenta de la red social Twitter, el mandatario de la nación reiteró la importancia de la consulta previa en los siguientes términos: «El derecho a la consulta previa sobre el desarrollo de pueblos indígenas es un signo más de inclusión social. Forjamos un Perú para todos». HUMALA, Ollanta. Comunicación del 24 de agosto de 2011. Disponible en: <http://twitter.com/Ollanta_HumalaT/statuses/106421984006643712>.

El Estado peruano ratificó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales el 6 de diciembre de 1960 y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31.3 de dicho tratado, entró en vigor exactamente un año después de su ratificación. En este instrumento se reconocieron algunos derechos a los pueblos indígenas, como la importancia del derecho consuetudinario en las políticas públicas (artículo 7), la adecuación cultural de las medidas coercitivas penales (artículo 8), el derecho a la propiedad comunal (artículo 11), la protección parcial frente al desplazamiento de las tierras ancestrales (artículo 12), el respeto de las formas tradicionales de transmisión de la propiedad (artículo 13), entre otras garantías. Todos estos derechos fueron reconocidos bajo la óptica de que los Estados debían otorgar ciertas garantías hasta lograr su progresiva extinción mediante la integración social de los pueblos indígenas.

La Constitución de 1979 implementa algunas de las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 107 al reconocer derechos a las comunidades campesinas y nativas. De esta forma, el artículo 156 establece la prioridad de las políticas de desarrollo agrario, de vital importancia para las comunidades campesinas. Asimismo, la Constitución de 1979 reconoce el derecho a la propiedad comunal para las comunidades campesinas y nativas en el artículo 163, otorgándole los caracteres de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, salvo la existencia de una ley de expropiación basada en el interés general.

La Constitución de 1993 reiteró la preocupación por el desarrollo agrario de las comunidades campesinas y nativas en su artículo 88. Respecto de la propiedad comunal, la Constitución mantuvo solo la garantía de la imprescriptibilidad en el artículo 89, aunque garantizó la autonomía económica y organizativa de las comunidades campesinas y nativas. Además, en dicho artículo se introdujo la posibilidad del abandono de las tierras para que el Estado pueda disponer de estas y las otorgue a entidades privadas. Asimismo, la Constitución de 1993 resulta importante porque en ella, en el artículo 2.19, se reconoció el derecho a la identidad cultural y, en el artículo 149, se consagró la importancia constitucional del derecho consuetudinario.

Posteriormente, el Convenio 169 rompió con la política integracionista signada por el Convenio 107, reconociéndoles a los pueblos indígenas varias autonomías. Como se ha señalado, en este instrumento se otorgó mayores salvaguardas frente al desplazamiento, la disposición de tierras ancestrales, y se introdujo el derecho a la consulta en el artículo 6 como una piedra angular de la protección de los demás derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, el Estado peruano ratificó el Convenio 169, el 2 de febrero de 1994, y de acuerdo con sus disposiciones, entró en vigor el 2 de febrero de 1995.

Sin embargo, desde la fecha de ratificación de los Convenios 107 y 169, surgió en el Perú lo que Stavenhagen denomina una «brecha de implementación entre la legislación y la realidad cotidiana».⁴⁶ Aylwyn estima que esta «brecha de implementación» se evidenció en Latinoamérica en «la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigente, la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente, la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos», y la consecuente «frustración indígena».⁴⁷ En el caso peruano, la «brecha de implementación» se explica porque, pese a que formalmente se reconocía la consulta y otros derechos en el Convenio 169, las entidades estatales no los incorporaron ni en el diseño e implementación de las políticas públicas referidas a la propiedad comunal ni en la explotación de recursos naturales. La frustración de los pueblos indígenas frente a la precariedad de sus derechos gestó resistencias indígenas que desencadenaron protestas sociales que permanecen hasta la fecha. Como se verá, diversos órganos de supervisión de los pueblos indígenas han constatado la «brecha de implementación».

⁴⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo. «Los pueblos indígenas y sus derechos». Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. México D. F. (México), 2007, p. 115. Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>>.

⁴⁷ AYLWIN, José. *Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: situación jurídica y políticas públicas*. Temuco: Observatorio Ciudadano de Chile, 2011, p. 7 y ss.

En efecto, en 1992, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), uno de los órganos supervisores del Convenio 107, recomendó al Estado peruano que realice consultas con los pueblos indígenas en la ejecución de sus programas de desarrollo.⁴⁸ Posteriormente, con la sustitución del Convenio 107 por el Convenio 169 en materia de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, el CEACR reconoció en diversas ocasiones que el Estado peruano había omitido sistemáticamente la consulta previa a los pueblos indígenas desde la entrada en vigor del Convenio 169.⁴⁹ La preocupación del CEACR no solo se ha centrado en la consulta previa, libre e informada, sino que también se han abordado otros problemas que afectan a los pueblos indígenas peruanos, como la falta de titulación de las tierras indígenas o la regulación de lo indígena. Estos problemas se han reiterado en los diversos informes, y permanecen en la agenda del CEACR pese a los avances adoptados por el Estado.⁵⁰

Respecto del derecho a la consulta, el CEACR evidenció en una observación individual algunos problemas en la aplicación de la Ley 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, como la falta de consulta previa para la disposición de territorios indígenas mediante la introducción de una regulación ligada a la eficiencia económica productiva de los territorios indígenas.⁵¹ En otra ocasión, el CEACR

⁴⁸ Cf. LEARY, Virginia. La utilización del Convenio n.º 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas. San José (Costa Rica), 1999, p. 79. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/159-v-leary-guia-de-utilizacion-del-convenio-169.raw?tmpl=component>.

⁴⁹ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observaciones individuales Convenio 169 2009/80 reunión (OIT, 2010), <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/639-ceacr-peru-c169.html>>; COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2002, 73 reunión, <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/558.html?task=view>>.

⁵⁰ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2008/79 reunión (OIT, 2009), 2, <http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf>.

⁵¹ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2002/73; COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 1997/68 reunión. COMISIÓN DE EXPERTOS EN

examinó el caso de la Comunidad de Olmos y verificó que a dicha comunidad no se le consultó sobre la expropiación de sus tierras ancestrales alegando que no se expropió a un pueblo indígena y que, por ende, podía disponerse de sus tierras sin la consulta previa.⁵² Adicionalmente, luego de la aprobación de los decretos legislativos que implementaban el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos de América, el CEACR constató que para su aprobación no se había consultado a los pueblos indígenas y que resultaba necesario que el Estado adopte procedimientos administrativos que garanticen este derecho.⁵³

Con posterioridad a los enfrentamientos en Bagua, el CEACR lamentó los episodios de violencia surgidos por la falta de consulta previa a los pueblos indígenas amazónicos; por ello, el CEACR urgió la implementación de mecanismos de consulta apropiados y efectivos para la consulta y la participación de los pueblos indígenas.⁵⁴ Ante la voluntad del nuevo Gobierno por reconocer los derechos de los pueblos indígenas en una ley, el CEACR señaló su satisfacción frente a este nuevo proceso y observó que la reglamentación de la ley debería mantener las garantías consagradas por el Convenio 169.⁵⁵ En líneas generales, los pronunciamientos del CEACR parecen sugerir que la institucionalización de un mecanismo de consulta servirá para el cierre de la «brecha de imple-

APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación individual sobre el Convenio 169, Perú, 1999.

⁵² Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observaciones individuales Convenio 169 2009/80 reunión (OIT, 2010), <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/639-ceacr-peru-cl169.html>>; COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2002, 73 reunión, <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/558.html?task=view>>.

⁵³ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2008/79.

⁵⁴ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2009/80 reunión (OIT, 2009), 2, <http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf>.

⁵⁵ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2009/80 reunión (OIT, 2009), 2, <http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf>.

mentación» entre el Convenio 169 y la realidad cotidiana de los pueblos indígenas peruanos.

La «brecha de implementación» en el Perú no solo se predica respecto del Convenio 169 sino que se extiende a varios tratados de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros. La Comisión Interamericana examinó por segunda vez la situación general de los derechos humanos en el 2000 y examinó particularmente la situación de los pueblos indígenas. En dicho informe, la Comisión consideró que el marco constitucional alteraba y colocaba en precariedad al régimen de la propiedad comunal establecido anteriormente.⁵⁶ Además, la Comisión Interamericana observó que el Convenio 169 consagraba el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, pero pese a su reconocimiento los pueblos indígenas peruanos no eran consultados en diversas políticas públicas relacionadas con la extracción de los recursos naturales.⁵⁷

Con posterioridad a los hechos de Bagua, la Comisión Interamericana condenó los enfrentamientos que generaron las muertes de policías e indígenas amazónicos.⁵⁸ En otro escenario, la Comisión Interamericana realizó una audiencia temática en el 2010 sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas asháninkas ante la amenaza del proyecto hidroeléctrico de Pakitzapango, que no fue consultado a los pueblos asháninkas.⁵⁹ Tras la promulgación de la

⁵⁶ Cf. CIDH. Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, capítulo X, párrafo 18. Disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/capitulo10.htm>>.

⁵⁷ Cf. CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, capítulo X, párrafos 26-28 y 39. Disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/capitulo10.htm>>.

⁵⁸ Cf. CIDH. Comunicado de Prensa n.º 35/09: «La CIDH condena hechos de violencia en Perú», 8 de junio de 2009. Disponible en: <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2009/35-09sp.htm>>.

⁵⁹ Cf. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú. 140.º Período de Sesiones, audiencia del 26 de octubre de 2010 solicitada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) de Perú,

Ley del Derecho a la Consulta, la Comisión mostró su satisfacción y señaló que la norma admite un derecho reconocido en el derecho internacional vital para la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas a la propiedad comunal y a la identidad cultural.⁶⁰ De esta manera, puede observarse que la Comisión Interamericana igualmente considera que la Ley de Consulta resulta un cierre de la «brecha de implementación» a favor de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, en el marco del sistema universal de derechos humanos, tanto los órganos convencionales como extraconvencionales han señalado la incompatibilidad normativa en el Perú en diversas ocasiones. En el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú* ya mencionado, el Comité de Derechos Humanos señaló que el Estado peruano violó el derecho a tener su propia vida cultural consagrado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debido a la ausencia de consulta previa, libre e informada para la instalación de pozos petroleros que perjudicaron a la mujer aymara Ángela Poma Poma.⁶¹ Asimismo, el Comité consideró que se violó el artículo 2, párrafo 3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y solicitó una medida de reparación efectiva y adecuada al perjuicio sufrido.⁶² Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado los problemas por la ausencia de consulta previa a los pueblos indígenas y se ha preocupado por la falta de

Estado de Perú, Instituto de Defensa Legal (IDL), Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESP), Central Asháninka del Río Ene (CARE), Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), Asociación Paz y Esperanza, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Instituto del Bien Común (IBC), Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), Disponible en: <<http://www.cidh.org/audiencias/140/19.mp3>>.

⁶⁰ Cf. CIDH, Comunicado de Prensa n.º 99/11: «La CIDH condena hechos de violencia en Perú», 12 de septiembre de 2011. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/099.asp>>.

⁶¹ Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

⁶² Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

consulta previa por la ejecución de proyectos hídricos en la región de Ancomarca.⁶³ Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial condenó los enfrentamientos de Bagua y solicitó la investigación imparcial de tales hechos.⁶⁴ Por su parte, luego de los sucesos de Bagua, el relator de derechos de los pueblos indígenas examinó los enfrentamientos concretos y consideró que era necesaria la aprobación de una Ley de Consulta.⁶⁵ Por último, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo señaló su preocupación por la falta de una Ley de Consulta y recomendó su pronta aprobación.⁶⁶ De todos estos pronunciamientos se desprende la urgencia de implementar mecanismos que incorporen a los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones.

La Ley de Consulta tiene como tarea cerrar la «brecha de implementación» documentada por los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, especialmente, luego de los enfrentamientos en Bagua. De este modo, la Ley de Consulta revisite diversos caracteres. Resulta una medida de implementación del artículo 6 del Convenio 169 así como los otros tratados de derechos humanos relevantes para la protección de los pueblos indígenas. Ahora bien, tanto la ley como el reglamento de la Ley de Consulta son, a su vez, normas reglamentarias de lo dispuesto en el Convenio 169, instrumento que se incorpora al derecho interno como

⁶³ Cf. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Perú, CERD/C/PER/CO/14-17, párrafos 9, 14-15 y 20.

⁶⁴ Cf. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Perú, CERD/C/PER/CO/14-17, párrafo 15.

⁶⁵ Cf. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Relator especial de las naciones unidas para los derechos de los pueblos indígenas: Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos de 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú, doc. A/HRC/12/34/add.8, 48.

⁶⁶ Cf. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Informe de la misión a Perú, doc. A/HRC/16/51/Add.3, 34.

norma en virtud del artículo 55 de la Constitución.⁶⁷ Al respecto, surgen dos consecuencias de la naturaleza reglamentaria de la ley: a) ni la ley ni otra normativa interna pueden contradecir ni desnaturalizar las disposiciones del Convenio 169; y b) cuando se afronte un tema no regulado expresamente por la Ley de Consulta, debe recurrirse al Convenio 169.

Respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley de Consulta Previa resulta una medida que busca garantizar los derechos consagrados en dicho tratado, adaptando las disposiciones legales a los estándares construidos por la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia. Igualmente, la Ley de Consulta implementa los tratados de derechos humanos del sistema universal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial. Finalmente, creemos que la Ley de Consulta Previa resulta una medida de reparación por la violación del derecho a la consulta producto de la aprobación de los decretos legislativos que desencadenaron el «Baguazo». En ese sentido, la Ley de Consulta resulta una medida de reconocimiento de la resistencia de los pueblos indígenas amazónicos frente a las políticas de desarrollo encaminadas por el Gobierno anterior. En ello, la Ley de Consulta deviene en una suerte de medida de satisfacción frente a la exclusión social de los pueblos indígenas.

Además, la Ley de Consulta Previa se configura como una garantía de no repetición frente a hechos de violencia que no se circunscriben solo al «Baguazo», sino que resulta una medida que busca permitir el diálogo frente a la conflictividad social relacionada con la gestión de recursos naturales en la que se involucran a pueblos indígenas. En tanto medida reparadora y garantía de no repetición, la ley asume una vocación transformadora de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado peruano, encaminada a asegurar la erradicación de la discriminación estructural y las condiciones de pobreza que afectan a los pueblos indígenas.

⁶⁷ Cf. CLAVERO, Bartolomé. «Informe sobre el Perú tras la ley de consulta. Estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena», 16 de enero de 2012, p. 9. Disponible en: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=11142>>.

Actualmente, aún después de la aprobación de la Ley 29785 y de su actual reglamento, el Congreso de la República deberá adoptar una resolución legislativa que modifique su reglamento y establezca un procedimiento legislativo de consulta previa a los pueblos indígenas sobre las medidas que los afecten. Asimismo, cada sector del Gobierno nacional adoptará reglamentos en los cuales se determinarán las medidas que se consultarán así como las entidades estatales encargadas, y se configurarán los procedimientos de consulta previa en el marco de la Ley de Consulta Previa y del reglamento. Finalmente, a nivel regional y local, deberán también establecerse los procedimientos necesarios a fin de garantizar la consulta previa de los pueblos indígenas mediante ordenanzas. De ello se desprende que la regulación de la consulta recién comienza y tiene como marco general el Convenio 169, la Ley de Consulta Previa y su reglamento.

3.3.1. La Ley de Consulta y su reglamento colocan restricciones para identificar a los pueblos indígenas peruanos

El Convenio 169 no define qué se entiende por un pueblo indígena, pero establece dos criterios abiertos de identificación: el criterio objetivo, la pertenencia a un grupo poblacional anterior a la colonización aunado a la preservación de instituciones sociales económicas; y el criterio subjetivo, la conciencia de identidad indígena. Estos criterios operativos se pueden interpretar de acuerdo con las dinámicas sociales de colonización en cada Estado donde existan pueblos indígenas. De este modo, la definición pretende cubrir a las diversas manifestaciones indígenas del mundo como los pueblos en aislamiento voluntario amazónicos, los mapuches chilenos, los bosquimanos de la Reserva de Caza del Kalahari Central en Bostwana, los sami asentados en el norte de Suecia y en la región de la península rusa del Kola, o los pribumi en la región de Indonesia. Ambos criterios varían según diversos factores, como la receptividad del Estado frente a lo indígena mediante la garantía de autonomías o el mestizaje.

A nivel interno, el artículo 7 de la Ley de Consulta coloca criterios de identificación de los pueblos indígenas peruanos que contextualizan y condicionan el ejercicio del derecho a la consulta pre-

via en el Perú. Aparentemente, en el artículo 7 se comprenden los criterios objetivos y subjetivos. Sin embargo, surgen dos problemas en la configuración legal de estos criterios. Respecto del criterio objetivo, la Ley de Consulta Previa reconoce el carácter ancestral de los pueblos indígenas, así como la permanencia de prácticas culturales e instituciones sociales; pero, en dicho artículo, se condicionan estos criterios a la vinculación con los territorios ancestrales. Si bien la Corte Interamericana ha reconocido la vinculación de los pueblos indígenas con el territorio en los casos paraguayos, la vinculación con el territorio no es un criterio esencial para la existencia de un pueblo indígena. Incluso la Corte Interamericana ha examinado casos sobre pueblos indígenas que perdieron sus territorios y cómo esta pérdida del territorio afectó el ejercicio de sus estilos de vida y vínculos espirituales, pero la Corte no ha considerado que la pérdida del territorio altere la condición del pueblo indígena.⁶⁸ Además, los criterios objetivos del artículo 7 tienen en mente que los pueblos indígenas son estáticos y que no han sufrido el cambio intercultural o formas de mestizaje, lo que raramente ocurre. Es más, la CAECR ha constatado que el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas se ve condicionado a estas múltiples categorías, y que el criterio de la vinculación con el territorio no se encuentra en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.⁶⁹

Respecto del criterio subjetivo de identificación de los pueblos indígenas, surge un problema debido a que el tercer párrafo del artículo 7 reconoce de modo aparentemente neutral el criterio de identificación como indígena u originario, pero este criterio resulta de difícil aplicación en una sociedad histórica donde lo indígena fue asociado a una historia de menosprecio cultural, discriminación racial y exclusión social. Los pueblos indígenas no adoptan fácilmente la identidad indígena, sino que adoptan las de campesinos o nativos.

⁶⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrafos 131-155.

⁶⁹ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observaciones individuales. Convenio 169 2009/80 reunión (OIT, 2010), <<http://www.politicaspublicas.net/panel/oitinformes/informes169/639-ceacrperu-c169.html>>.

El segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de Consulta Previa establece que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas u originarias no son pueblos indígenas, salvo que encajen en los criterios de la ley. Ante esto cabe preguntarse por qué la Ley de Consulta buscaría excluir a las comunidades campesinas y nativas del derecho a la consulta. Ciertamente, determinar a los pueblos indígenas resulta importante para no desnaturalizar el derecho a la consulta y que este se aplique a cualquier grupo humano que alegue ser indígena; pero el método negativo no parece constituir una buena técnica legislativa en sí misma. Al parecer, la ley busca refrenar el proceso de «re-etnización» de grupos campesinos que habían dejado de considerarse indígenas, fenómeno que ocurrió también en Colombia con el reconocimiento de derechos colectivos a partir de 1991,⁷⁰ y que puede señalarse que se viene dando ahora que la consulta previa es reclamada por distintos colectivos afectados por los proyectos de desarrollo. Sin embargo, la legislación parte de la sospecha de que los miembros de comunidades campesinas y nativas no son auténticamente indígenas, y a ellos les corresponde acreditar su etnicidad. El problema de esta aserción radica en el hecho de que los pueblos indígenas peruanos han utilizado como protección las categorías «campesinas» y «nativas» en materia de titulación de tierras, debido a la carga negativa que ha adquirido la categoría «indígena» a lo largo del tiempo, y ahora deben desprenderse de tales categorías para acceder a la protección jurídica en materia del derecho a la consulta. Además, debe reiterarse que ante la historia de menosprecio institucional de lo indígena, las identidades campesinas y nativas eran más habitables para los pueblos indígenas ya que el Gobierno otorgó por décadas medidas especiales a los que se identificaban con tales categorías sociales. A partir de ello, actualmente las categorías «indígena», «campesino» o «nativo» se intersectan, y la Ley de Consulta Previa toma una posición excluyente de la categoría «pueblo indígena». La consecuencia es que los colectivos humanos que no calcen en la categoría de pueblo indígena serán excluidos del derecho a la con-

⁷⁰ Cf. LEMAITRE, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 301.

sulta, lo cual desconoce que fue el propio Estado el que propició el abandono de tal categoría.

Sobre ello conviene señalar que la pregunta de quiénes son indígenas resulta un reto para la relación entre el multiculturalismo y los derechos humanos. Como señala Lemaitre, para que los pueblos indígenas accedan a los derechos colectivos que les reconoce el derecho internacional de los derechos humanos, deben demostrar su autenticidad y ciertos estereotipos como la protección ecológica.⁷¹ Así, en caso de que no acrediten estos estereotipos, se sospechará sobre su identidad. En ese sentido, la identidad indígena y los beneficios de la consulta previa se reconocen por el cumplimiento de criterios. En ello debe advertirse el rol del derecho que «crea no solo unos requisitos concretos para reconocer la identidad sino que al mismo tiempo crea las identidades mismas».⁷² De esta manera, la Ley de Consulta busca construir una nueva visión del mundo en la que las categorías de «campesino» y «nativo» se extingan, y en la que se establezca una categoría única. Con ello, las comunidades campesinas y nativas abandonan la expectativa legítima de la consulta previa y de otras garantías, lo que podría conllevar su extinción progresiva.

Por su parte, el reglamento trata de paliar los efectos del artículo 7 de la Ley de Consulta Previa. En tanto norma reglamentaria, reitera los criterios objetivos y subjetivos para la identificación de los pueblos indígenas dispuestos en la ley. Así, el reglamento reitera lo señalado por la ley en el sentido que las comunidades campesinas y nativas se beneficiarán de la consulta previa en tanto respondan a tales criterios. Sin embargo, el reglamento de la ley señala que los criterios de la ley no deben restringir los criterios establecidos en el marco del Convenio 169 ni los derechos de los pueblos indígenas cualquiera que sea su denominación a nivel interno, en los siguientes términos:

Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio

⁷¹ Cf. *ib.*, p. 300 y ss.

⁷² *Ib.*, p. 300.

169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos.

Sobre la multiplicidad de categorías jurídicas para los pueblos indígenas, conviene tomar en cuenta los pronunciamientos de los órganos de supervisión de tratados internacionales. Al respecto, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ha señalado que la utilización de tantas categorías resulta perjudicial, porque esas categorías suelen excluir a los pueblos indígenas y condicionar internamente el ejercicio de derechos consagrados en el derecho internacional.⁷³ Por su parte, el CEACR ha señalado el problema de confusión de múltiples definiciones, e incluso ha señalado que el concepto de «pueblo indígena» comprende a las categorías de comunidades si se verifican los requisitos del artículo 1 del Convenio 169.⁷⁴ De este modo, ambos órganos consideran que la regulación de lo indígena ha resultado problemática en el Perú y, en ese sentido, tanto la ley como el reglamento buscan resolver la confusión de categorías jurídicas reencausando las denominaciones de comunidades campesinas y nativas a la categoría de pueblos indígenas.

Por último, la consulta previa puede predicarse de colectivos de comunidades campesinas y nativas que no sean pueblos indígenas, pero que calcen en la categoría de minoría étnica, tal como se reconoce en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú*, se determinó que esta mujer pertenecía a una minoría sin realizar un análisis de su condición como indígena para luego señalar la necesidad de la consulta previa y, en algunos casos, del consentimiento

⁷³ Cf. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Perú, CERD/C/PER/CO/14-17, párrafo 11.

⁷⁴ Cf. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observación 2008/79 reunión (OIT, 2009), 2, <http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf>.

to previo, libre e informado. El Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado peruano debe garantizar a los pueblos indígenas y a las minorías étnicas el derecho a la consulta previa en estos términos:

El Comité considera que la permisividad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de *una minoría o comunidad indígena* o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.⁷⁵

De este modo, las comunidades campesinas y nativas que tienen expectativas legítimas en materia de propiedad podrían reclamar que se consulten las afectaciones a su vida cultural en tanto minorías étnicas. El problema se encuentra en que, ante la limitación de la Ley de Consulta Previa, las comunidades campesinas que no logren ser pueblos indígenas en los términos de la ley tienen que traducir sus reclamaciones al lenguaje del derecho de minorías (que, por lo demás, no está debidamente implementado), a pesar de ser mayorías en varias regiones del Perú.⁷⁶ Asimismo, el derecho a la consulta previa resulta limitado en su contenido respecto de las minorías étnicas de comunidades campesinas o nativas, porque se encuentra relacionado solo con la protección de la vida cultural, y

⁷⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

⁷⁶ Cf. CLAVERO, Bartolomé. «Para los del Comité de Derechos Humanos los pueblos indígenas siguen siendo minorías». *América Latina en Movimiento*, 10 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://alainet.org/active/32935&lang=es>>.

en los términos del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no otorga el derecho a la propiedad comunitaria ancestral ni brinda todas las salvaguardas de la propiedad comunitaria. Además, las comunidades campesinas o nativas deberán transformar sus reclamaciones colectivas en el lenguaje individualista del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que excluye hasta la fecha cualquier reconocimiento de derechos civiles y políticos colectivos.⁷⁷

Es necesario que el Estado module la sospecha acerca de la autenticidad de los pueblos indígenas como prerequisite para el reconocimiento de sus derechos. En ello deberá reconocer al diferente a pesar de sus semejanzas con la población no indígena, de tal modo que las semejanzas no justifiquen la restricción de derechos individuales y colectivos. De lo contrario, en la práctica, el Estado adoptaría prácticas integracionistas que se encuentran prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, los criterios de identificación de la legislación peruana no deberán interpretarse restrictivamente. Además, el Estado deberá brindar medidas especiales a las comunidades campesinas y nativas no indígenas que califiquen como minorías étnicas tras la alteración del régimen de sus derechos con la unificación en la categoría indígena propuesta por la ley.

3.3.2. El Estado reconoce el carácter previo de la consulta solo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Consulta y su reglamento

La obligación de consultar resulta exigible al Estado peruano desde la entrada en vigor del Convenio 169, es decir, desde el 5 de febrero de 1995. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y la Ley de Consulta Previa asumen fechas posteriores a la ratificación del

⁷⁷ Cf. GÖCKE, Katja. «The Case of Ángela Poma Poma vs. Peru before The Human Rights Committee: The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights». En Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14, 2010, pp. 348-349.

Convenio 169 para la exigibilidad del derecho a la consulta previa, libre e informada. Como se sabe, si bien el derecho internacional ha señalado que el derecho interno es irrelevante para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales,⁷⁸ nos encontramos frente a una norma internacional de carácter no autoejecutivo, por lo que su implementación efectiva estaba sometida a la dación de una ley. Esto ciertamente no justifica sino que hace más evidente el retardo injustificado del Estado en el cumplimiento del compromiso internacional.

Sin embargo, la Ley de Consulta Previa asume que el derecho a la consulta se hace exigible en el Perú noventa días después de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, lo que sucedió el 7 de septiembre de 2011 tal como se establece en las disposiciones complementarias finales de la ley en los siguientes términos:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES [...]

SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

[...]

CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial *El Peruano* a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.

⁷⁸ Cf. Convención de Viena. Sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, artículo 27: «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, resolución de cumplimiento de sentencia, resolución del 17 de noviembre de 1999, Corte IDH Serie C N.º 59, 1999, considerando 5; Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N.º 14, párrafo 35; Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158, párrafo 125.

En conformidad con la Ley de Consulta, el reglamento establece que solo tiene efecto al día siguiente posterior a su publicación en *El Peruano*, 4 de abril de 2012. La vigencia de la ley y el reglamento con posterioridad a la emisión de ambas normas se explica porque las normas procedimentales en materia de consulta previa no pueden retrotraerse a situaciones del pasado que estuvieron reguladas por otros procedimientos, como el reglamento de consulta del Ministerio de Energía y Minas. Además, como se establece en la Cuarta Disposición Complementaria Final, la suspensión de la vigencia por noventa días se justifica porque la norma de consulta previa requiere para su implementación que las entidades estatales determinen puntos focales para la consulta previa y otorgamiento de presupuesto para la realización de procesos de consulta.

Sin embargo, esta regulación contempla además que las medidas administrativas y legislativas anteriores a la vigencia de la ley no serán alteradas o modificadas por la Ley de Consulta. En el fondo, la Ley de Consulta Previa otorga seguridad jurídica a los terceros que han adquirido derechos de buena y mala fe sobre territorios ancestrales sin la consulta previa a los pueblos indígenas. El problema de esta posición se encuentra en que la ley no establece solo procedimientos administrativos para la consulta previa a los pueblos indígenas, sino que además reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas. De este modo, señalar que la consulta previa es exigible solo a partir de la existencia de la Ley de Consulta Previa (convalidando las violaciones del derecho a la consulta anteriores a la aprobación de la ley) lleva a sostener que la ley ha constituido el derecho a la consulta, en vez de reconocer que la obligación emanada del derecho internacional era plenamente exigible en el Perú desde la entrada en vigor del Convenio 169.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene una posición de aciertos y desaciertos sobre la fecha de exigibilidad de la consulta previa en el Perú. En el proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n.º 1089 sobre el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la consulta en los términos del Convenio 169. En dicha sentencia, además, el Tri-

bunal Constitucional estableció las condiciones para su ejercicio señalando que el derecho a la consulta no implica un derecho de veto.⁷⁹

Posteriormente, el Tribunal Constitucional señalaría en un proceso de amparo iniciado por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) a favor de pueblos en aislamiento voluntario por los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 39 y 67 contra Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF que el derecho a la consulta solo es exigible a partir del 9 de junio de 2010, fecha de emisión de la sentencia anterior.⁸⁰ La intención del Tribunal Constitucional es otorgarle seguridad jurídica a los actos llevados a cabo con anterioridad al reconocimiento formal del derecho a la consulta. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró en dicha sentencia que la obligación de consulta debe implementarse progresivamente, y, a partir de esa fecha, resulta exigible constitucionalmente. Creemos que el Estado pudo haber establecido algunas medidas excepcionales de revisión que paliaran lo efectos del incumplimiento de la obligación internacional y que otorgaran, al mismo tiempo, garantía a los terceros que negociaron de buena fe con el Estado.

En el otro extremo de la argumentación, resulta interesante indagar por el carácter consuetudinario del derecho a la consulta, es decir, si la obligación de consulta resulta incluso anterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT. La Corte Interamericana ha desprendido la obligación de consultar a los pueblos indígenas respecto de Estados que no han ratificado el Convenio 169 a partir de la Convención Americana al analizar el artículo 21 y otros de sus artículos. En ese sentido, en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la

⁷⁹ Cf. Tribunal Constitucional. Expediente 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama-Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo 1089. Proceso de inconstitucionalidad. Sentencia de 9 días del mes de junio de 2010, fundamentos 14-28.

⁸⁰ Cf. Tribunal Constitucional. Expediente 06316-2008-PA. Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF. Resolución aclaratoria del 24 de agosto de la sentencia de 9 días del mes de junio de 2010, fundamentos 7-8.

Corte consideró que los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el Convenio 169 (entre ellos el derecho a la propiedad comunal y el derecho a la consulta previa) emanaban del derecho internacional con independencia de la ratificación de dicho tratado, debido a la existencia de otras obligaciones en materia de derechos humanos:

93. Como se discutirá seguidamente, la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán «provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural» y pueden «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales» para que no se los prive de «sus propios medios de subsistencia». Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas.

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que «no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto

de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría.⁸¹

Además, conviene subrayar que en el caso del *Pueblo Sarayaku vs. Ecuador*, la Comisión Interamericana consideró que la obligación de consulta previa era exigible al Estado demandado con anterioridad de la ratificación del Convenio 169 respecto del otorgamiento de actividades de exploración de pozos petroleros de esta manera:

En el presente caso, la Comisión ha tenido por probado que en el año 2002 comenzaron las actividades de exploración y explotación de petróleo en el territorio Sarayaku, tras la aprobación por parte del Estado de la actualización del estudio de impacto ambiental, y también comenzó la militarización del territorio con base en el convenio de cooperación militar suscrito en 2001 entre el Estado y las empresas petroleras. [...] Por tanto, en virtud de la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana en relación con los derechos de los pueblos indígenas, y la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT, Ecuador tenía la obligación, antes de aprobar la actualización del EIA [Estudio de Impacto Ambiental], de consultar de forma previa, libre e informada al pueblo Sarayaku con garantías procesales específicas.⁸²

Sobre este pronunciamiento, conviene señalar que el Estado demandado se ha allanado ante la Corte Interamericana y ha reconocido la obligación de consultar al pueblo indígena. En esta lectura, no exenta de controversias, la obligación de consulta a los pueblos indígenas podría hacerse exigible desde el 28 de julio de 1978, fecha de entrada en vigor de la Convención Americana para el Perú.

De modo igual ha ocurrido con los tratados adoptados en el marco del sistema universal, los que han reconocido la obligación

⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 129 y ss.

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador, 26 de abril de 2010, párrafo 128 y ss.

de consulta a los pueblos indígenas. En el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que a partir del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede requerirse la consulta previa a las minorías étnicas y a los pueblos indígenas.⁸³ En este caso, algunos de los hechos examinados por el Comité de Derechos Humanos eran anteriores a la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT para Perú. En ese orden de ideas, a partir del 28 de junio de 1978, cuando entró en vigor el Pacto respecto del Perú, dicho Estado estaba obligado a brindar las protecciones en cuanto a la vida cultural de las minorías étnicas y de los pueblos indígenas. Similares consideraciones pueden realizarse respecto del Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que entró en vigor en el Perú el 29 de octubre de 1971 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entrara en vigor el 28 de julio de 1978.

Anteriormente, se ha señalado que la Ley de Consulta Previa actúa como una herramienta para vencer «la brecha de implementación» del Convenio 169; sin embargo, la posición de la ley es cerrar la brecha de implementación a partir del 2012 y dejar fuera del control del derecho internacional de los derechos humanos las décadas en las que los pueblos indígenas no fueron consultados. Al respecto, la falta de consulta durante esas décadas generó la responsabilidad internacional del Estado peruano que debería ser reparada.

Sin embargo, el mecanismo concreto de reparación dependerá tanto de los efectos concretos de la medida como de las posibilidades reales de ejecución. No olvidemos que, de acuerdo con el artículo 34 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, las formas de reparación pueden ser restitutorias, indemnizatorias o incluso satisfactorias (solicitud de excusas oficiales).⁸⁴ La implementación de estas me-

⁸³ Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

⁸⁴ Cf. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 53.º sesión, 2001, Doc. ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de enero de 2001.

didadas depende del caso concreto. Finalmente, en materia de derechos humanos, también se postula la posibilidad de implementar medidas transformadoras, como son la elaboración de un plan de desarrollo o la creación de un fondo de inversión.

De esta manera, por ejemplo, en situaciones severas de contaminación ocasionadas por la ausencia de consulta previa, la restitución en términos de reasentamiento podría resultar contraproducente para el pueblo indígena afectado, dado que la limpieza de pasivos ambientales podría requerir varios años. Por el contrario, en casos de desplazamiento por acciones esporádicas de violencia, el retorno a las tierras sí resultaría adecuado para un pueblo indígena determinado. Asimismo, en otros supuestos de violación del derecho a la consulta, la constitución de un fondo de desarrollo, la modificación de una ley o las disculpas públicas pueden resultar medidas idóneas.

De todo esto se puede concluir que existen varias obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que permiten señalar que la consulta previa era una obligación exigible con anterioridad a la Ley de Consulta, su reglamento o a las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen este derecho. La restricción temporal señalada por la ley y por el Tribunal Constitucional debe interpretarse restrictivamente limitando su alcance a la aplicación operativa de la consulta. De lo contrario, el derecho interno pretende convalidar hechos anteriores a la ley que contravinieron las múltiples obligaciones internacionales que el Estado detentaba.

3.3.3. Las materias excluidas de la consulta previa en el Perú

El artículo 6 del Convenio 169 dispone que las medidas administrativas y legales que afecten directamente a los pueblos indígenas deben consultarse. En otras disposiciones de dicho tratado, se contemplan supuestos específicos que deben consultarse, tales como: la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1); antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (artículo 15.2); al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de

sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17); en la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22); en las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (artículo 28). Asimismo, el Convenio 169 establece determinados supuestos en los que se requiere el consentimiento libre e informado del pueblo indígena con anterioridad a su reubicación (artículo 16). Por su parte, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reitera la necesidad de la consulta previa y señala que el consentimiento es necesario en varias situaciones.

Ambas normas son pragmáticas y reconocen que existen situaciones límite en las que la consulta o el consentimiento no pueden exigirse. Por ejemplo, ante una amenaza sobre las vidas de los miembros del pueblo indígena por la erupción de un volcán, resulta necesario que el Estado desplace al pueblo indígena afectado. Sin embargo, estos supuestos son excepcionales y no invalidan la obligación general que consigna que las diversas medidas administrativas y legales que afecten a los pueblos indígenas deban consultarse. Sin embargo, la normativa peruana (especialmente el reglamento de la Ley de Consulta) ha excluido de la consulta previa una serie de medidas administrativas y legales contraviniendo su carácter general.

Se podrían justificar estas exclusiones en tanto que estas medidas no generan afectaciones directas sobre los pueblos indígenas. Precisamente, para analizar la idoneidad de esas medidas se presentan a continuación los posibles problemas que estas exclusiones generan.

*a) Las normas de carácter tributario y presupuestal
(artículo 6.k del reglamento)*

Esta exclusión podría justificarse porque se busca evitar coartar la potestad tributaria y presupuestal del Estado. Además, tratándose de normas técnicas, la participación de los pueblos indígenas carece de importancia. También podría señalarse que, mediante la regulación impositiva, los pueblos indígenas no se ven afectados directamente, requisito exigido por el Convenio 169 y recalado

por la legislación nacional. Sin embargo, resulta contradictorio que esta política de exclusión se vea acompañada por una política de participación ciudadana en la elaboración del presupuesto público, a nivel regional y local, como consecuencia del proceso de descentralización. A la larga, esta norma reglamentaria busca negarles autonomía a los pueblos indígenas en el diseño de las políticas impositivas y presupuestarias, especialmente respecto de la distribución del canon por la explotación de recursos naturales. Este último es un tema bastante sensible a nivel nacional, en tanto que el canon se divide respecto de diversos entes de gobierno a favor de pueblos indígenas así como de comunidades no indígenas en situación de pobreza. Todos estos asuntos referidos a las cargas impositivas y las distribuciones presupuestales, a pesar de su tecnicismo, afectan a los pueblos indígenas y deberían consultarse. En cualquier caso, si existen dificultades relacionadas con el carácter técnico de tales medidas, correspondería o bien una traducción inteligible y sencilla, o bien una asesoría especializada para que puedan comprenderse y evaluarse los alcances de las medidas de carácter tributario y presupuestales que afecten a los pueblos indígenas.

b) Las medidas de emergencia (artículo 6.i del reglamento)

El derecho internacional reconoce que en situaciones excepcionales resulta inefectivo que los Estados realicen procedimientos de consulta. El reglamento hace eco de esas situaciones excepcionales y establece que las medidas de emergencia no deberán ser consultadas, en tanto sean extraordinarias y temporales y estén destinadas a prevenir violaciones de los derechos humanos. El reglamento considera que estas medidas de emergencia pueden derivarse de la existencia de desastres naturales, catástrofes tecnológicas o epidemias. Estas medidas resultan supuestos en los que podría encontrarse justificada la falta de consulta o de consentimiento por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo, no se ha definido en el reglamento qué se entiende por desastres naturales, catástrofes tecnológicas o epidemias, por lo que queda a la libre discreción de los órganos determinar su contenido.

Al respecto, se ha establecido en el artículo 5.i que podría no realizarse la consulta en el control y la persecución de actividades

ilícitas, supuesto que no se encuentra relacionado con medidas de emergencia. Un supuesto de aplicación de este artículo se podría encontrar en la amenaza de un ataque por parte de un grupo armado respecto de bienes ubicados en territorio indígena. La amenaza del territorio por parte de un grupo armado resulta una actividad ilícita y el Estado está facultado (y obligado) para actuar frente a esta amenaza y garantizar los derechos de los pueblos indígenas. El Estado se encuentra a cargo de la prevención de actos cometidos por terceros cuando tiene conocimiento de una amenaza y dispone de la capacidad necesaria para proteger a los pueblos indígenas frente a estos. La prevención depende de las necesidades especiales, ya sea por la condición o por la situación específica en que se encuentre un pueblo indígena.⁸⁵ La acción estatal frente a la amenaza por parte del grupo armado se encontraría enmarcada por las medidas de control y persecución de actividades ilícitas. Por ejemplo, en ese caso se podría relocalizar a la población civil fuera del territorio indígena donde se realizaría el ataque.

No obstante, este acto excepcional no debe entenderse en el sentido que todas las medidas de control y persecución de actividades ilícitas se excluyen de la consulta previa. En este supuesto del reglamento, la construcción de una base militar en territorio indígena para controlar y perseguir las actividades ilícitas del grupo armado debería consultarse con el pueblo indígena, en tanto que estas no son excepcionales y generan impactos directos sobre él. De acuerdo con las normas del derecho internacional humanitario, la base militar se convierte en un objetivo militar plenamente atacable que podría generar daños colaterales sobre bienes civiles de propiedad de los pueblos indígenas e incluso la muerte de miembros del pueblo

⁸⁵ Cf. *Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párrafos 111 y 113; *Caso Gelmán vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221, párrafo 76; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140, párrafo 111; *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Serie C N.º 226, párrafo 42; y Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011. Serie C N.º 237, párrafo 47.

indígena protegido. Asimismo, luego del desplazamiento indígena, los encargados del control de las actividades ilícitas (fuerzas policiales o fuerzas armadas) podrían realizar un plan de contingencia que involucre a los pueblos indígenas para protegerlos y facilitar su relocalización en sus territorios indígenas; en ese sentido, esta medida debería igualmente consultarse.

En líneas generales, resulta problemático el establecimiento de excepciones por razones de emergencia. Detrás de estas normas, se pretenden justificar algunas actividades militares relacionadas con la gestión de situaciones de emergencia por desastres naturales, catástrofes tecnológicas, emergencias sanitarias o actividades de control y persecución de actividades ilícitas. Al respecto, el artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas establece que las actividades militares por regla general deben acordarse con los pueblos indígenas, salvo que exista un interés público que justifique la no realización de la consulta previa. En líneas generales, la enunciación del reglamento sobre los supuestos de emergencia resulta ambigua básicamente ante la ausencia de definiciones operativas que clarifiquen tales supuestos excepcionales y haga viable su escrutinio.

Finalmente, surge un problema adicional, puesto que el reglamento establece en la Octava Disposición Complementaria, Transitoria y Final que las medidas administrativas con carácter de urgencia pueden consultarse. Pero nuevamente el reglamento no determina qué son las medidas de urgencia y no las diferencia de las medidas de emergencia, las que no requieren consulta en los términos del reglamento. Se mantiene la incertidumbre sobre las excepciones al derecho a la consulta previa. Le corresponderá a cada ministerio determinar qué medidas son de urgencia y cuáles son de emergencia.

c) La construcción de infraestructura (Décimo cuarta disposición complementaria, transitoria y final)

El reglamento establece que las medidas de construcción y mantenimiento de infraestructura de servicios de salud, educación y servicios públicos no requieren ser consultadas en tanto que benefician a los pueblos indígenas. No obstante, corresponde señalar que el artículo 6 del Convenio 169 establece que debe consultarse toda medida

que los afecte en forma directa, tanto negativa como positivamente. De este modo, la construcción de infraestructura para garantizar derechos económicos, sociales y culturales a favor de los pueblos indígenas debería consultarse. Ello resulta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que en materia de reparaciones ha ordenado la provisión de servicios de salud, educación y de servicios públicos, pero siempre en consulta con pueblos indígenas afectados.⁸⁶

No obstante, llama la atención que se señale en el reglamento que todas estas medidas de provisión de bienes sociales deberán realizarse en coordinación con los pueblos indígenas. Ante ello surge la pregunta si la coordinación con los pueblos indígenas resulta algo diferente de la consulta previa como una consulta ciudadana u otra forma de participación ciudadana.

Al respecto conviene señalar un ejemplo que Cunningham plantea en relación con la consulta a los pueblos indígenas sobre la provisión de bienes públicos en el caso nicaragüense.⁸⁷ En Nicaragua, querían construir letrinas sobre territorio indígena miskito. Esta medida, aparentemente neutral, debería consultarse a los pueblos indígenas puesto que las letrinas podrían traer enfermedades que tendrían impactos positivos y negativos sobre ellos. Si bien las letrinas podrían ayudar a los miembros del pueblo miskito a mejorar sus condiciones de vivienda y de salud, para los miskitos las letrinas eran espacios donde se encontraban los malos espíritus, y su colocación en territorio miskito resultaba perjudicial.

Dado lo expuesto, se debe considerar que las actividades de construcción de infraestructura pueden parecer neutrales, pero es posible que generen impactos que podrían afectar a los pueblos indígenas, y, por ende, podrían justificar la consulta previa, libre e informada.

⁸⁶ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 185, párrafo 16.

⁸⁷ Este ejemplo lo recogimos de la ponencia que pronunció Myrna Cunningham en el seminario internacional «Construyendo consensos en camino a la implementación del derecho a la consulta en el Perú», que realizaron el Ministerio de Cultura, la OIT, IDEA internacional y las Naciones Unidas, con el apoyo de la Fundación Ford y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, el 8 de febrero de 2012, en la ciudad de Lima.

3.3.4. El consentimiento se regula a medias voces en la ley y el reglamento

El artículo 6 del Convenio 169 establece que el fin de la consulta es el consentimiento. El Convenio 169 establece en su artículo 16 que para el caso del desplazamiento indígena se requerirá el consentimiento previo, libre e informado del pueblo indígena afectado; mientras que en el artículo 17 se establece que para la enajenación de tierras es necesaria la libre voluntad del pueblo indígena. Además, en este instrumento se consigna el poder del consentimiento en varios escenarios como el desplazamiento indígena (artículo 10); la privación de bienes culturales, intelectuales y religiosos de los pueblos indígenas (artículo 11.2); la afectación de sus tierras, territorios y recursos (artículo 28); el almacenamiento y depósito de materiales peligrosos (artículo 29); o actividades militares (artículo 30). Por su parte, la Corte Interamericana ha señalado en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* que la realización de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena deben requerir el consentimiento del pueblo indígena;⁸⁸ mientras que el Comité de Derechos Humanos ha establecido en el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú* que las afectaciones a la vida cultural requieren el consentimiento del pueblo indígena.⁸⁹

Ni la ley ni el reglamento hacen eco de los diversos instrumentos normativos contemplados en el derecho internacional sobre los diversos supuestos de consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, en ambos textos se establece que la finalidad de la consulta se encuentra en el consentimiento (artículo 3 de la ley, y artículos 5 a, d y e del reglamento). En el apartado a) de la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del reglamento se reconoce que para el caso del desplazamiento indígena se requerirá el consentimiento del pueblo indígena involucrado, tal como

⁸⁸ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 137.

⁸⁹ Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

se reconoce en el artículo 16 del Convenio 169. Además, en dicha norma se establece que deberán respetarse las salvaguardas de la Ley 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos, así como su reglamento. En ambas normas se establece que debe requerirse el consentimiento, tal como se establece en el artículo 8. Asimismo, resulta de vital importancia el artículo 9 de dicha ley, que contempla que la protección frente al desplazamiento no solo se extiende a pueblos indígenas, sino que incluye a otros colectivos relacionados con la tierra. Así, el artículo 9 de la Ley 28223 señala que «El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma».

El reglamento reconoce otro supuesto de consentimiento previo para el caso del almacenamiento y la eliminación de residuos peligrosos en territorio indígena, tal como se desprende del apartado b) de la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley de Consulta Previa. En ese sentido, se establece que el Estado deberá garantizar el consentimiento previo e informado del pueblo indígena afectado por esta medida. Asimismo, en este apartado se señala que deberá cumplirse con la legislación aplicable en materia de gestión de residuos sólidos y de transporte de materiales y residuos peligrosos.

¿Cómo interpretar el silencio frente a los otros supuestos de consentimiento? El reglamento implementa parcialmente los supuestos contemplados en el Convenio 169 para el caso del desplazamiento indígena, desconociendo el supuesto de enajenación de tierras. Asimismo, el reglamento omite los supuestos de consentimiento planteados por la Corte Interamericana y por el Comité de Derechos Humanos, así como los diversos supuestos contemplados en la Declaración de los Pueblos Indígenas. De un análisis cualitativo de los supuestos de consentimiento reconocidos en el derecho internacional, puede señalarse que el reglamento no reconoce los supuestos donde se afectan los derechos de los pueblos indígenas por actos que involucren actividades económicas (enajenación de tierras, territorios o recursos naturales, megaproyectos, entre otros) ni tampoco se pronuncia sobre las actividades militares.

Cuadro de supuestos de consentimiento reconocidos en la normativa interna

Supuesto y fuente	Regulación en las normas internas
Desplazamiento indígena Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT. Artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	Se recoge en el inciso a) de la Séptima Disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Se remite a la Ley 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos y a su reglamento.
Almacenamiento de residuos tóxicos Artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	Se recoge en el inciso b) de la Séptima Disposición Final y Transitoria del Reglamento. Se remite a la normativa sobre gestión ambiental de desechos tóxicos o peligrosos.
Actividades militares Artículo 30.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	Contrariamente al estándar, el artículo 5 inciso i) del reglamento faculta la ausencia de consulta en casos de persecución de actividades ilícitas.
Megaproyectos que puedan afectar el modo de vida o subsistencia Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso <i>Pueblo Saramaka vs. Surinam</i> , párrafo 137.	No se recoge.
Afectación a la vida cultural Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso <i>Ángela Poma Poma vs. Perú</i> , considerando 7.6.	No se recoge.
Enajenación de tierras Artículo 17 del Convenio 169 de la OIT. Artículos 11.1 y 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	No se recoge.

Fuente: elaboración propia.

A partir de ello, surge la pregunta sobre si la falta de reconocimiento de los supuestos de consentimiento señalados en el derecho internacional resultan hechos ilícitos internacionales. Al respecto, existen dos respuestas posibles. La primera señala que la falta de reconocimiento de los supuestos de consentimiento relativizan el valor del consentimiento por lo que se mantiene adrede la «brecha de implementación» en estos casos en los que la supervivencia de los pueblos indígenas se encuentra en juego. Mientras que la segunda posición considera que el reconocimiento parcial del consentimiento no significa una oposición del Estado con los supuestos de consentimiento que no han sido reconocidos debido a que la ley y el reglamento reconocen valor a la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Además, de acuerdo con esta segunda posición, los pronunciamientos de los órganos supervisores de derechos humanos no necesitan de una ley para ser incorporados en el derecho nacional, ya que, independientemente de su reconocimiento legal, forman parte del derecho nacional. Sea cual sea la posición sobre la ausencia del consentimiento, debe reconocerse que la falta de reconocimiento en la ley dificulta la exigibilidad de estos supuestos. Será necesario vigilar el desempeño de los órganos estatales directamente concernidos a fin de impulsar la interpretación más favorable a los intereses de los pueblos indígenas cuando se trata de materias que les afecten.

3.3.5. Las reparaciones que la normativa interna precisa por la violación del derecho a la consulta

Al analizar las reparaciones en materia del derecho a la consulta previa u otros derechos de los pueblos indígenas, hemos constatado que el derecho internacional de los derechos humanos establece varias condiciones para restablecer los derechos de los pueblos indígenas e incluso transformar las realidades de exclusión anteriores a la violación de los derechos colectivos. La Corte Interamericana ha señalado que las reparaciones deben privilegiar la restitución de las tierras ancestrales, deben tener una lógica colectiva en su implementación y deben plantearse retransformar la situación inequitativa que afrontan los pueblos indígenas. Si se realiza un examen de

las medidas reparadoras dispuestas por la ley y por el reglamento, se encontrará que el derecho interno no implementa estos criterios consagrados en el derecho internacional. Asimismo, debe observarse que las reparaciones establecidas por la ley y el reglamento de consulta atiende la falta de consulta previa respecto de los decretos legislativos que implementaban el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América. La ley brinda medidas para que no se vuelvan a repetir estos hechos que cultivaron situaciones de violencia en nuestro país.

La ley reconoce ciertas medidas reparadoras que merecen destacarse a la luz del derecho internacional.

a) Las medidas administrativas que no fueron consultadas mantienen su vigencia (Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa)

La ley plantea la conservación de los actos administrativos y las medidas legales que no fueron consultados. Como se ha señalado, con ello se busca proteger la adquisición de títulos y derechos por terceros, tanto si actuaron de buena fe o con mala fe.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana ordenó la revisión de los actos que afectaron al pueblo tribal saramaka y que se realizaron sin consultarse, y solo con el resultado de la evaluación se determinaría qué actos conservarían su legalidad.⁹⁰ En este pronunciamiento, la Corte no consideró la nulidad de todas las medidas que no fueron consultadas; sin embargo, sí buscó que se replantee la ejecución de las medidas a fin de restablecer los derechos afectados de los pueblos indígenas. Por su parte, el CEACR ha recomendado al Estado que:

[...] suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos

⁹⁰ Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 194.a.

afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio.⁹¹

Cabe señalar que la Corte Interamericana no ordena la revisión inmediata de todos los actos administrativos que se hayan adoptado sin consulta. Sin embargo, dispone la evaluación de tales medidas con miras a determinar cuáles podrían mantenerse o cuáles podrían revisarse. Por su parte, el CEACR, en casos como el peruano, donde sistemáticamente se ha omitido la consulta, ha recomendado la suspensión de actividades. A diferencia de estos estándares, la ley no plantea la revisión de las medidas que afectaron y continúan afectando los derechos de los pueblos indígenas, sino que estas medidas permanecerán desplegando plenos efectos jurídicos.

b) Participación en los beneficios e indemnizaciones equitativas (Décima Disposición Complementaria Final del reglamento de la Ley de Consulta Previa)

El reglamento establece que, de conformidad con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas recibirán beneficios por el uso o aprovechamiento de recursos naturales y recibirán indemnizaciones equitativas por cualquier daño que sufran, de conformidad con los mecanismos de la ley.

Con esta norma, la enunciación de la Décima Disposición Complementaria Final reitera lo que ha sido señalado en el artículo 15.2 del Convenio 169 que dispone que:

Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

⁹¹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Observaciones individuales. Convenio 169 2009/80 reunión (OIT, 2010), <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/639-ceacr-peru-c169.html>>.

Asimismo, el reglamento implementa el criterio de beneficios compartidos, tal como fuera reconocido por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam* al interpretar el artículo 21.2 de la Convención Americana, que consagra el derecho a la indemnización equitativa por la afectación de la propiedad privada. En ese sentido, la Corte Interamericana entendió que la indemnización equitativa resulta plenamente aplicable por las restricciones o las privaciones del derecho a las tierras ancestrales o las afectaciones a los recursos naturales necesarios para su supervivencia.⁹² Además, el requisito de beneficios compartidos ha sido reconocido igualmente por el Comité de Derechos Humanos al interpretar las medidas de salvaguarda a favor de las minorías de conformidad con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁹³ y por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.⁹⁴

c) El retorno a los territorios ancestrales como consecuencia del desplazamiento indígena

Ni la ley ni el reglamento establecen que los pueblos indígenas desplazados tienen derecho al retorno a sus tierras ancestrales. Sin embargo, en el apartado a) de la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final se establece que deberán observarse las condiciones del artículo 16 del Convenio 169, así como la legislación interna sobre desplazamientos internos. Estas normas sí reconocen el derecho al retorno, por lo que a partir de ellas se puede argumentar que los pueblos indígenas desplazados deberán ser relocaliza-

⁹² Cf. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafos 138-140.

⁹³ Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda* (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párrafo 9.5.

⁹⁴ Cf. COMITÉ DE NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Consideraciones de los informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto del Ecuador, parágrafo 16; Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, párrafo 66.

dos en sus tierras ancestrales. Resulta interesante que el reglamento señale que el retorno no debe imponerse a la población desplazada (sino que debe consultarse e implementarse con la participación de los afectados). De este modo, la normativa interna trata de evitar aquellos supuestos en los que el retorno puede resultar perjudicial para el pueblo indígena.

d) Las reparaciones que no se reconocen ni en la ley ni en el reglamento

En la ley y en el reglamento no se establecen varios estándares reconocidos en el derecho internacional. De este modo, no se reconoce la importancia de la restitución de las tierras ancestrales por la privación de la propiedad. Asimismo, no se contempla la posibilidad de la restitución mediante la entrega de tierras o de dinero, bajo el consentimiento del pueblo indígena afectado. Además, no se observa la posibilidad de que el Estado implemente políticas de desarrollo social como medidas reparadoras que reviertan la exclusión estructural que han afrontado los pueblos indígenas.

Al respecto, debe recordarse que en el caso de las medidas reparadoras a favor de los pueblos indígenas, no debe perderse de vista ni el contexto previo a los hechos violatorios, ni las posibilidades de transformación de esta situación en el futuro.

Si bien un reglamento no es el instrumento idóneo para establecer reparaciones por violaciones de los derechos indígenas, hubiera sido deseable que se reconocieran en él de modo general otros estándares en materia de reparación, como son el carácter colectivo de estas medidas o la importancia de la restitución de los territorios ancestrales. Esto, además, permitiría que los poderes públicos y organizaciones indígenas tomen conciencia respecto a la posibilidad de adoptar estas medidas.⁹⁵

⁹⁵ Cf. TORRES, JAVIER. «La ley de consulta previa llegó tarde». Entrevista del 17 de mayo a Ramón Pajuelo: «Estos temas han creado vacíos, y han sido el motivo por el cual la ley finalmente ha sido promulgada sin el respaldo de todos los actores involucrados». Disponible en: <<http://lamula.pe/2012/05/18/ramon-pajuelo-%E2%80%99Cla-ley-de-consulta-previa-llego-tarde%E2%80%9D/javierto>>.

Finalmente, conviene recordar que durante la consulta del reglamento, los pueblos indígenas reclamaron medidas reparadoras frente a las actividades que el Estado realizó antes de la vigencia de la Ley de Consulta Previa. No abordar estas cuestiones ha llevado a que algunas organizaciones indígenas cuestionen la legitimidad del reglamento y de la propia ley.

e) Las garantías de no repetición frente a normas del Poder Ejecutivo

En el artículo 27 del reglamento de la ley se ha establecido la necesidad de que se consulte a los pueblos indígenas respecto de todas las medidas legislativas, sin importar su rango o fuerza, adoptadas por el Poder Ejecutivo (sean normas reglamentarias, decretos legislativos o decretos de urgencia). Se plantea, sin embargo, que solo se consultarán las normas que «modifiquen directamente los derechos de los pueblos indígenas». Además, el artículo 27 del reglamento establece que en general solo se les consultará a los pueblos indígenas afectados geográficamente por tales normas.

Un problema que emerge de esta regulación se halla en la aplicación restrictiva de este artículo. No se ha definido qué medidas legislativas son las que «modifican directamente los derechos de los pueblos indígenas». La norma reglamentaria debió precisar que la modificación directa de derechos de los pueblos indígenas se encuentra cubierta por el artículo 6 del Convenio 169 que señala que se deben consultar las medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas. La enunciación del reglamento parece utilizar un lenguaje sutilmente más restringido al establecer que las medidas a consultarse deberán modificar directamente los derechos de los pueblos indígenas. A partir de este artículo, permanecen dudas sobre si determinados tratados relacionados con los pueblos indígenas deberían consultarse. Es el caso del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven del Convenio de Diversidad Biológica o el régimen de propiedad intelectual emergente sobre conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos y folclore en el marco de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

Por su parte, el Protocolo de Nagoya establece una serie de reglas para proteger los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En ese sentido, el Protocolo de Nagoya establece que los Estados deben garantizar el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas en el artículo 5. Mediante este tratado se complementa lo establecido en el artículo 8.j del Convenio de Diversidad Biológica, tratado ratificado por el Perú que protege de modo general la participación y el acuerdo de las comunidades indígenas y locales respecto de los recursos genéticos asociados a conocimientos tradicionales. A nivel interno, se han dispuesto normas de protección de los conocimientos tradicionales que implementan el artículo 8.j, pero será necesaria la adopción de medidas legales y administrativas con ocasión de la ratificación de dicho tratado ambiental. ¿Deberían consultarse tales medidas legislativas de implementación del Protocolo de Nagoya? Ante la incertidumbre de lo que se define por «modificación directa de los pueblos indígenas» se mantiene en incógnita si se debería consultar estos cambios normativos.

Otro problema de la norma se encuentra en que se restringe la consulta a los pueblos directamente afectados geográficamente por una medida legislativa. De este modo, una ley que establezca la construcción de una carretera a través de la selva solo se consultará a los pueblos indígenas por los que pase la carretera; pero no se consultará a los pueblos indígenas que, fuera del ámbito geográfico, se vean afectados por la migración de los centros poblados donde coexisten indígenas y colonos hacia la carretera. Al parecer, pese a la afectación directa de los pueblos indígenas, no se los consultará porque la construcción de una carretera tiene un margen geográfico restringido.

3.3.6. La consulta previa y los derechos al interior de los pueblos indígenas

Al examinar el rol del derecho en la construcción de la memoria indígena así como en la movilización social, Lemaitre considera que «las injusticias propias de la vida de las mujeres casi no quedan registradas, ni sus heroísmos cotidianos, pues para el Derecho los indígenas son un grupo homogéneo y las diferencias internas, como

las de sexo, son borradas».⁹⁶ Con esta cita, se pone en evidencia que el reconocimiento de derechos colectivos invisibiliza las distintas identidades dentro de los pueblos indígenas.

Al respecto, Peces-Barba plantea que los derechos humanos han tenido un proceso de especificación, en el cual se plantean protecciones específicas para ciertas identidades.⁹⁷ Los derechos de los pueblos indígenas son un ejemplo de la especificación frente a la neutralidad de los tratados de derechos humanos. En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ha planteado normas de protección a favor de las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos mayores, etcétera. Esto responde, como señala Kennedy, a que el derecho progresivamente se encarga de reconocer las diversas identidades de las personas, pues un individuo posee diversas identidades. En ese sentido, el autor considera que «cada sistema legal nacional decide cuáles identidades reconocer y cuáles estigmatizar».⁹⁸

La Ley de Consulta ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas y no ha referido salvaguardas para el caso de las diferencias identitarias dentro de los pueblos indígenas. Al respecto, la Ley de Consulta Previa no contiene una disposición especial sobre las mujeres indígenas. En el caso de decisiones que afecten sensiblemente a las mujeres indígenas, la ley no garantiza necesariamente su participación en los procesos de tomas de decisiones,⁹⁹ por ejemplo, en el caso de un proyecto de trasvase de agua que afecte el acceso a fuentes de agua de una comunidad campesina donde la recolección del agua es tarea femenina. Ciertamente, el proyecto de trasvase de agua afec-

⁹⁶ LEMAITRE, Julieta. Ob. cit., p. 338.

⁹⁷ Cf. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 154 y ss.

⁹⁸ KENNEDY, Duncan. «Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000». En David Trubek y Álvaro Santos (eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 66-68.

⁹⁹ Cf. GALLARDO, Tania. «Perú: derecho de las mujeres indígenas y la Ley de Consulta Previa: apuestas, retos y desafíos». Santiago de Chile: Observatorio de Género y Equidad, 2011. Disponible en: <<http://www.culturapoliticaquechua.org/web/wp-content/uploads/2011/09/Derecho-mujeres-indigenas-LeyConsultaPrevia.pdf>>.

ta de modo general a la comunidad campesina, pero afecta de modo diferenciado a las mujeres que tendrían que dedicar más tiempo o recorrer mayores distancias en la búsqueda de las fuentes de agua. Los hechos que acabamos de señalar son similares a los del caso *Ángela Poma Poma vs. Perú*, en el cual el Comité de Derechos Humanos señaló que las medidas estatales debieron consultarse a las minorías étnicas aymara, pues se perjudicaban los derechos individuales de Ángela Poma Poma, lideresa aymara.¹⁰⁰ Por su parte, el relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo planteó que los planes de reparación colectivos por las violaciones cometidas durante el conflicto armado interno aseguren la participación de las mujeres indígenas.¹⁰¹ Por ello, resulta necesario que se garantice la participación de las mujeres indígenas en las distintas etapas de la consulta o que las diferencias de género se reconozcan por las entidades estatales. En razón de esto, los estudios de impacto ambiental y social deberían incorporar indicadores de género.

La Ley de Consulta mantiene igualmente silencio sobre los niños indígenas. La Convención sobre Derechos del Niño establece múltiples garantías a favor de los niños y en especial de los niños indígenas. El Comité de Derechos del Niño, órgano supervisor de la Convención sobre Derechos del Niño, ha considerado que el interés superior del niño genera consecuencias en los procesos de consulta a los pueblos indígenas, y que no deben dejarse de lado las necesidades de los niños indígenas al considerar la garantía de los colectivos indígenas:

La aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho

¹⁰⁰ Cf. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Dictamen de la Comunicación 1457/2006, *Ángela Poma Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/d/1457/2006, 24 de abril de 2009, considerando 7.6.

¹⁰¹ Cf. COMITÉ DE CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Misión a Perú. doc. A/HRC/16/51/Add.3, 13 y 39.

colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos. Los niños indígenas no siempre han recibido la atención especial que merecen. En algunos casos, su particular situación ha quedado a la sombra de otros problemas de interés más general para los pueblos indígenas, como son el derecho a la tierra y la representación política. El interés superior del niño no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo.

Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo. En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas.¹⁰²

Asimismo, la Ley de Consulta no se pronuncia sobre la participación política de las personas indígenas con discapacidad. De acuerdo con el Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía del 2007, en el Perú al menos 2.815 hogares indígenas tenían un integrante con discapacidad física o mental.¹⁰³ Estos resultados se limitan a las indígenas con discapacidad de la selva, puesto que respecto de la costa y la sierra existió una invisibilización clara en el censo,¹⁰⁴ lo que no obsta para señalar que existen pueblos indígenas en los que algunos miembros son personas con discapacidad. Al

¹⁰² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Observación General n.º 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 50.º Período de Sesiones, Ginebra, 12 a 30 de enero de 2009, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, 30-31.

¹⁰³ Cf. Censos nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, 2007.

¹⁰⁴ Cf. SALMÓN, Elizabeth. Ob. cit., p. 283.

respecto, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su preámbulo que la condición indígena no debe ser una razón adicional para discriminar a las personas indígenas con discapacidad. Por su parte, el artículo 29.h establece que las personas con discapacidad deben participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos. Atendiendo a estas obligaciones, el Estado peruano debería garantizar la participación de las personas indígenas con discapacidad durante los procesos de consulta previa.

La Ley de Consulta tampoco se pronuncia sobre los derechos de los adultos mayores indígenas. Como ocurre con los pueblos indígenas, los adultos mayores carecen de un instrumento convencional que establezca sus derechos de modo comprensivo. Una excepción del reconocimiento de derechos especiales a los adultos mayores se encuentra en el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador». Sin embargo, a partir de la interpretación de los tratados de derechos humanos, se han establecido principios para la protección de los adultos mayores. De esta manera, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, en diversos contextos, no debería discriminarse en razón de la edad a los adultos mayores.¹⁰⁵

No obstante, el silencio de la ley ha sido subsanado por su reglamento. En el artículo 5.h se establece que «atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores». Además, en el reglamento se establecen salvaguardas para garantizar la

¹⁰⁵ Cf. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Observación General n.º 20 (2009): La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42.º Período de Sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009 E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, 29.

participación de las mujeres en diversos escenarios. De este modo, se encarga al Viceministerio de Interculturalidad la promoción de las mujeres indígenas como facilitadoras, asesoras e intérpretes en el proceso de consulta (artículo 11.4). Además, el reglamento establece que el plan de consulta determine metodologías para garantizar la participación de este colectivo (artículo 16.d).

Se podría criticar el reglamento en tanto que solo se consideran las diferencias por razón del sexo, la minoría y la mayoría de edad, sin pronunciarse sobre otras condiciones sociales que podrían verse perjudicadas dentro de los pueblos indígenas. Además, el reconocimiento en el reglamento solo atiende una faceta en materia de los derechos de las mujeres, la participación política de las mujeres. Hubiera sido más conveniente que se incorporen las perspectivas de atención a grupos dentro de los pueblos indígenas de modo transversal más allá del «especial interés» al que alude el reglamento. En ese sentido, se mantiene pendiente la adopción de normas y políticas públicas a favor de los grupos identitarios dentro de los pueblos indígenas. Solo así podrían generarse protecciones que reconozcan tanto la diversidad cultural como las diferencias al interior de los pueblos indígenas.

Al respecto, existe una posición minimalista sobre los alcances de la consulta previa, libre e informada. El contenido del derecho a la consulta se encuentra restringido al artículo 6 del Convenio 169 que se pronuncia sobre la consulta a los pueblos indígenas (y solo a ellos), por lo que la participación de otros grupos identitarios desnaturaliza el proceso de consulta. Además, la posición minimalista considera que la consulta previa no es el mecanismo idóneo para promover la participación política de las mujeres, los niños y los adultos mayores indígenas; sino que el Estado debe promover mecanismos de participación ciudadana y política (diferentes de la consulta previa) para permitir la participación de tales colectivos. Frente a esa posición, debe reconocerse que, sin ser extremistas frente a los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta se caracteriza por su carácter procedimental e interdependiente con otros derechos humanos, entre los cuales se encuentran la protección de los derechos de las mujeres, la niñez, la mayoría de edad y otras condiciones sociales. Una lectura acorde con los

estándares internacionales exige ciertamente a los Estados manejar también los enfoques diferenciados para asegurar el cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, respecto de los pueblos indígenas en general, así como respecto de sus miembros durante los procesos de consulta previa. Por ello, se requiere la inclusión de perspectivas de género, la afirmación de la niñez indígena, la incorporación del modelo de inclusión de las personas con discapacidad en la toma de decisiones, y otros enfoques diferenciados en la ejecución de los procesos de consulta previa. Sin estos elementos, la participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta sufre un desmedro esencial y se pierde la oportunidad de que este mecanismo colectivo adquiera el rol de una herramienta democratizadora.

3.3.7. La conflictividad social como un reto para ejercitar la consulta previa en el Perú

Frente a los hechos de Bagua, la Ley de Consulta Previa busca garantizar la no repetición de hechos violentos reconduciendo los conflictos sociales hacia procedimientos administrativos entre las entidades estatales y los pueblos indígenas. En ese sentido, la Ley de Consulta Previa tiene una función democratizadora frente a los conflictos sociales entre actores culturales diversos al establecerse como un pacto social. Este pacto social recuerda que la violencia resulta ilegal y que, por el contrario, la consulta y las formas democráticas de participación política indígena son lo legalmente aceptable.¹⁰⁶ Este pacto social se renueva en la ejecución de cada procedimiento de consulta.¹⁰⁷

El reto actual se encuentra en que la participación indígena se apropie de los procedimientos legales. La tarea deviene ardua para un país en el que el uso de la fuerza ha motivado cambios sociales y ha refrenado medidas administrativas y jurídicas. Hasta abril de 2012, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, se reportaron 243 conflictos (171 en actividad y 72 en situación de latencia), de los

¹⁰⁶ Cf. LEMAITRE, Julieta. Ob. cit., pp. 343-345.

¹⁰⁷ Cf. SALMÓN, Elizabeth. Ob. cit., p. 299.

cuales 145 son de carácter socioambiental. Es decir, el 59,5% de los conflictos sociales en el Perú se encuentran vinculados a los impactos ambientales derivados de proyectos de extracción de recursos naturales. En el último informe de la Defensoría del Pueblo se detalla, a grandes rasgos, estos conflictos ambientales en los que diversas organizaciones indígenas y campesinas se encuentran en pugna con empresas extractivas y con diferentes entidades estatales a nivel nacional, regional y local.¹⁰⁸

En el Informe Defensorial n.º 156, «La violencia en los conflictos sociales», la Defensoría del Pueblo ha constatado que la conflictividad social tiene como presupuesto que el crecimiento económico no ha revertido la situación de pobreza de los pueblos indígenas. Por el contrario, en muchas ocasiones, las empresas extractivas han causado amenazas sobre los medios de subsistencia de los pobladores de la zona. Al respecto, el informe caracteriza la conflictividad social del Perú y señala que, por lo general, existe una insuficiente cultura de diálogo entre las entidades estatales y la población. De esta forma, muchas veces los procesos de diálogo terminan siendo falsos diálogos que son instrumentalizados por los actores en conflicto y coexisten con manifestaciones violentas.

Al respecto, el Informe Defensorial contempla los problemas de la conflictividad social en situaciones multiculturales:

Estas limitaciones son aún más visibles cuando en los conflictos intervienen actores culturalmente diversos. El carácter pluricultural influye en la multiplicidad de interpretaciones que la población, según su particularidad o especificidad cultural, hace de determinados acontecimientos o discursos que constituyen la materia u objeto del conflicto social.¹⁰⁹

Con esta afirmación, la Defensoría del Pueblo revela que los conflictos sociales y las acciones de violencia en los que se involu-

¹⁰⁸ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Reporte de conflictos sociales n.º 98, abril de 2012, p. 5.

¹⁰⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Violencia en los conflictos sociales*. Informe Defensorial, 2012, p. 36. Disponible en: <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-156.pdf>>.

cran los pueblos indígenas son manifestaciones de un desencuentro multicultural. El Estado peruano deberá compatibilizar el discurso oficial que privilegia el crecimiento económico con las visiones autónomas de los pueblos indígenas.

La Ley de Consulta Previa y el reglamento brindan herramientas de diálogo frente a la conflictividad social. En el caso de la Ley de Consulta Previa, el artículo 4 reconoce diversos principios, entre ellos la buena fe, y señala que por este principio «se prohíbe la realización de proselitismo partidario y conductas antidemocráticas». Por su parte, el artículo 21.1 del reglamento de la ley faculta a que las entidades estatales suspendan el proceso de consulta ante «actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo». Por su parte, el artículo 21.2 del reglamento contempla que la entidad estatal abandone el proceso de consulta luego de haber agotado mecanismos de diálogo.

Al respecto cabe señalar que las medidas dispuestas por la Ley de Consulta para gestionar la conflictividad social son medidas mitigatorias y no brindan respuestas preventivas. Además, las capacidades de acción de la Ley de Consulta se ven mermadas respecto de gran parte de los conflictos sociales registrados por la Defensoría del Pueblo que responden a medidas legales y administrativas que no fueron consultadas con anterioridad a la vigencia de la ley. Por último, el Estado deberá plantearse respuestas frente a los presupuestos de la violencia social, la exclusión estructural de los pueblos indígenas en escenarios de crecimiento económico sostenido.

En suma, la Ley de Consulta y su reglamento deben verse como una oportunidad para ejercitar la democracia en todos sus niveles.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

- ÅHRÉN, Mattias. «Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, pp. 210-227.
- ÁLAMO, Óscar del. «El regreso de las identidades perdidas: movimientos indígenas en países centro andinos». Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2006.
- ALBÓ, Xavier. «Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina». En *Actas del Congreso de la Asociación Latinoamericana de Antropología*. Rosario (Argentina), 12 de julio de 2005. Disponible en: <<http://albo.pieb.com.bo/articulo1.htm>>.
- ANAYA, James. «Los derechos de los pueblos indígenas». En Mikel Berraondo (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2006, pp. 29-60.
- ANCHUSTEGUI, Esteban. «Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, n.º 26, 2011, pp. 46-66. Disponible en: <http://institucional.us.es/araucaria/nro26/ideas26_3.pdf>.

- ANTKOWIAK, Thomas y Alejandra GONZA. «El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional». *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, n.º 14, año 3, 2010, pp. 2-5.
- AYLWIN, José. «El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas». En Matías Meza-Lopehandía (ed.). *Las implicancias de la ratificación del Convenio n.º 169 de la OIT en Chile*. Documento de Trabajo n.º 10, 2.ª ed. Temuco: Observatorio Ciudadano de Chile, 2010, pp. 9-20.
- *Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: situación jurídica y políticas públicas*. Temuco: Observatorio Ciudadano de Chile, 2011.
- BARELLI, Mauro. «The Interplay between Global Regional Human Rights System in The Construction of The Indigenous Rights Regime». *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n.º 4, 2010, pp. 951-979.
- BENAVIDES, Martín; Magrith MENA y Carmen PONCE. *Estado de la niñez indígena en el Perú*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2010.
- BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda. «El proceso de la comisión revisora de la legislación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas». En Alejandro Laos (ed.). *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Lima: ALLPA, 2004, pp. 115-134.
- CARMONA, Cristóbal. «Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación». *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 8, n.º 23, 2009, pp. 301-321. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/polis/v8n23/art14.pdf>>.
- CLAVERO, Bartolomé. «Para los del Comité de Derechos Humanos los pueblos indígenas siguen siendo minorías». *América Latina en Movimiento*, 10 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://alainet.org/active/32935&lang=es>>.
- «Informe sobre el Perú tras la ley de consulta. Estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena», 16 de enero de 2012. Disponible en: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=11142>>.

- «La consulta desde el derecho internacional». Exposición realizada en el seminario «Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo», 18 de enero de 2012.
- CLAVERO, Bartolomé y otros. Debate sobre el valor integral del convenio 169 sentencia del tribunal de apelaciones de Temuco, 2010. Disponible en: <<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/02/valor-integral-del-convenio-169.pdf>>.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, 9 tomos.
- CONTRERAS, Carlos. «El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX». *Histórica*, vol. XXIX, n.º 2, 2005, pp. 67-105.
- CUNNINGHAM, Myrna. Ponencia pronunciada en el seminario internacional «Construyendo consensos en camino a la implementación del derecho a la consulta en el Perú», que realizaron el Ministerio de Cultura, la OIT, IDEA internacional y las Naciones Unidas, con el apoyo de la Fundación Ford y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, el 8 de febrero de 2012, en la ciudad de Lima.
- DAES, Erica. «Indigenous Peoples' Rights to Their Natural Resources». En Aristoteles Constantinides y Nikolaos Zaikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010a, pp. 363-380.
- «La contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Steinhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010b, pp. 50-80.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*. Informe Defensorial n.º 101. Lima: Defensoría del Pueblo, 2006.
- Reporte de conflictos sociales n.º 98, abril de 2012.
- *Violencia en los conflictos sociales*. Informe Defensorial, 2012. Disponible en: <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-156.pdf>>.

- EIDE, Asbjørn. «Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas». En Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, pp. 34-49.
- ENGLÉ, Karen. «On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in The Context of Human Rights». *The European Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 2011, pp. 141-163.
- FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. «Comunidades campesinas y nativas». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, pp. 1078-1086.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y OXFAM. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Oxfam, 2011.
- GALLARDO, Tania. «Perú: derecho de las mujeres indígenas y la Ley de Consulta Previa: apuestas, retos y desafíos». Santiago de Chile: Observatorio de Género y Equidad, 2011. Disponible en: <<http://www.culturapoliticaquechua.org/web/wp-content/uploads/2011/09/Derecho-mujeres-indigenas-LeyConsultaPrevia.pdf>>.
- GARCÍA, María Elena y José Antonio LUCERO. *Sobre indígenas y movimientos: reflexiones sobre la autenticidad indígena, los movimientos sociales y el trabajo de campo en el Perú contemporáneo*. Popayán: Envión Editores.
- GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*. Nueva York: Brill, Transnational Publishers Inc., 2006.
- GIUSTI, Miguel. «Las críticas culturalistas de los derechos humanos». En Francisco Cotrés y Miguel Giusti (eds.). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Antioquia y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 293-307.

- GÖCKE, Katja. «The Case of Ángela Poma Poma vs. Peru before The Human Rights Committee: The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights». En Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14, 2010, pp. 337-370.
- KENNEDY, Duncan. «Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000». En David Trubek y Álvaro Santos (eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.
- LEARY, Virginia. La utilización del Convenio n.º 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas. San José (Costa Rica), 1999. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/159-v-leary-guia-de-utilizacion-del-convenio-169.raw?tmpl=component>.
- LEMAITRE, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.
- MATOS MAR, José. «Las migraciones campesinas y el proceso de urbanización en el Perú. Documento preparado para la UNESCO». Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000881/088100sb.pdf>>.
- MAUL, Daniel. «The ILO Involvement in Decolonization and Development». Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/century/information_resources/download/maul.pdf>.
- MELO, Mario. «Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 4, año 3, 2006, pp. 31-51.
- NASH, Claudio. «Protección de los derechos humanos indígenas en el sistema interamericano». Ponencia presentada en el seminario «Derechos indígenas: tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte del Chile». Iquique: Universidad Arturo Prat, 2003.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano. Principios básicos. Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, 2011.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PÉREZ, Federico. «Will Kymlicka: la defensa del nacionalismo minoritario». *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, año 200, n.º 4, 2007, pp. 61-77. Disponible en: <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOperez.pdf>>.
- QUIJANO, Aníbal. «Estado-nación y movimientos indígenas en la región Andina: “cuestiones abiertas”». *OSAL. Observatorio Social de América Latina*, año VII, n.º 19, 2006, pp. 15-24.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dirs.). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes / Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Yukyan LAM. «Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia». En Morten Begsmon y otros (eds.). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 347-398.
- RUIZ, Juan Carlos y Luis ROEL. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011.
- RUIZ, Osvaldo. «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, n.º 118, 2007, pp. 193-239.
- SALMÓN, Elizabeth. «Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos». En Gorki Gonzales (ed.). *Derecho y ciudadanía: ensayos de interés público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 79-98.
- *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ) e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2010.

- «Entre las promesas de consulta previa y la continuidad de la protesta social: la ambigüedad de la participación política indígena en el Perú». En Víctor Hugo Cárdenas y otros. *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2011, pp. 279-311.
- SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ) e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2012.
- SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario y PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DAR. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú: últimos avances*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, 2010.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio: The United Nations University, 1990.
- «Los pueblos indígenas y sus derechos». Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. México D. F. (México), 2007. Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>>.
- THORNBERRY, Patrick. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio: The United Nations University, 1990.
- *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester: Manchester University Press, 2002.
- TORRES, Javier. «La ley de consulta previa llegó tarde». Entrevista del 17 de mayo a Ramón Pajuelo. Disponible en: <<http://lamula.pe/2012/05/18/ramon-pajuelo-%E2%80%99Cla-ley-de-consulta-previa-llego-tarde%E2%80%9D/javierto>>.
- WIESSNER, Siegfried. «The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». En Aristoteles Constantinides y Nikolaos Zaikos. *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, pp. 343-362.

- WILLEMSEN-DÍAZ, Augusto. «Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU». En Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Editorial de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, pp. 16-32.
- YRIGOYEN, Raquel. «Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal». *Allpanchis. Justicia Comunitaria en los Andes*, vol. 1, n.º 59-60, 2002, edición especial, pp. 31-81.
- *Derechos de pueblos indígenas vinculados a actividades extractivas*. Ottawa: Fundación Canadiense para las Américas, 2008.

2. DOCUMENTOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Comité de Derechos Humanos

- *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. 27 de marzo de 2009.
- Observación General N.º 23 sobre el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, derecho de las minorías. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. 6 de abril de 1994.

2.2. Consejo de Derechos Humanos

- Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU AHRC/12/34. 15 de julio de 2009.
- Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011.

2.3. Comisión de Derechos Humanos

- Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblacio-

nes Indígenas. Documento de Trabajo elaborado por la presidenta-relatora, señora Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de «pueblo indígena». Documento ONU. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. 10 de junio de 1996.

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

3. DOCUMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4.
- *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C N.º 15.
- *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 1 de febrero de 2000. Serie C N.º 66.
- *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Serie C N.º 77.
- *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79.
- *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C N.º 105. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
- *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre 2004. Serie C N.º 116.
- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.

- *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124.
- *Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.
- *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140.
- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146.
- *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.
- *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 185.
- *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205.
- *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C N.º 212.
- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C N.º 214.
- *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215.
- *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221.
- *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Serie C N.º 226.
- *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C N.º 234.

- *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011. Serie C N.º 237.
- *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239.
- *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C N.º 241.
- *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de febrero de 2012. Serie C N.º 240.

3.2. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108 doc. 62, 20 octubre 2000.
- *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000.
- *Informe de seguimiento. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.
- *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.
- *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.
- *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador*. 26 de abril de 2010.

4. DOCUMENTOS DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- *Caso Comunidad Sami de Handölsdalen y otros vs. Suecia*, n.º 39013/04, Sección Tercera, Decisión sobre la admisibilidad del 17 de febrero de 2009.

- *Caso Comunidad Sami de Handölsdalen y otros vs. Suecia*, n.º 39013/04, Sección Tercera, Sentencia de fondo del 30 de marzo de 2010.

5. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 53.º sesión, 2001, Doc. ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de enero de 2001.
- Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, 61.º sesión, 2001, Doc. ONU A/RES/61/295. Anexo a la Resolución 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 13 de septiembre de 2007.

La consulta previa, libre e informada en el Perú:
hacia la inclusión del interés indígena
en el mundo de los derechos humanos
se terminó de imprimir
en los talleres de Gráfica Delvi S.R.L.
Av. Petit Thouars 2009-2017, Lince
teléfonos: 471-7741 / 265-5430
e-mail: graficadelvi@gmail.com
www.grficadelvi.com

