

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE
EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS Y ORIGINARIOS Y SU APLICABILIDAD”**

TESIS

PRESENTADA POR:

RUBÉN DAVILA QUISPE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN 2012 - II

PUNO – PERÚ

2016

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL
DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y
ORIGINARIOS Y SU APLICABILIDAD”

TESIS PRESENTADA POR:

RUBÉN DAVILA QUISPE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 8 de abril del 2016

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE : 
Abog. Moisés V. Mariscal Flores

PRIMER MIEMBRO : 
Dr. José Asdrubal Coya Ponce

SEGUNDO MIEMBRO: 
Abog. Renier Rios Gómez

DIRECTOR Y ASESOR
DE TESIS : 
M.Sc. Juan Casazola Ccama

ÁREA : Derecho Público
LINEA: Derecho Constitucional
TEMA: Derechos Humanos

DEDICATORIA

A mis padres, pilares fundamentales en mi vida, con mucho amor y cariño, les dedico todo mi esfuerzo, en reconocimiento a todo el sacrificio puesto para que yo pueda estudiar, se merecen esto y mucho más. A Angel, Martín, Ciprian, Teófilo, Natalia y Sayda mis queridos hermanos por ser mi apoyo incondicional. A mis sobrinos porque llenan de alegría cada día de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A todos los que tuvieron que esperar mi demora.



ÍNDICE

RESUMEN	8
PALABRA CLAVE	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	11
1.1.2.- PROBLEMA GENERAL	13
1.1.3.- PROBLEMAS ESPECIFICOS	13
1.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.3.- OBJETIVOS	16
1.3.1.- GENERAL	16
1.3.2.- ESPECÍFICOS	16

CAPÍTULO II**MARCO TEÓRICO**

2.1.- MARCO DOCTRINAL	17
2.2.- MARCO CONCEPTUAL DE PUEBLOS INDIGENAS Y CONSULTA PREVIA.....	19
2.2.1. - PUEBLOS INDÍGENAS	19
2.2.1.1.- MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS	25
2.2.1.2.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS.....	28
2.2.1.3.- PRESENCIA Y ACEPTACIÓN DE LA MINERÍA EN EL PERÚ.....	30
2.2.1.4.- BASE DE DATOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS.....	33
2.2.1.5.- INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA ESTATAL.....	37
2.2.1.6.- REALIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	40
2.2.2.- CONSULTA PREVIA	53
2.2.2.1.- MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA	54
2.2.2.2.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA	57
2.2.2.3.- ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA	60
2.2.2.4.- ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA.....	66
2.3.- ANTECEDENTES	67
2.4.- HIPÓTESIS	68
2.4.1.- HIPÓTESIS PRINCIPAL	68
2.4.2.- HIPÓTESIS SECUNDARIAS	68
2.5.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	69

CAPÍTULO III**DISEÑO METODOLÓGICO**

3.1. - METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	71
3.1.1.- ENFOQUE CUALITATIVO	71
3.2.- ÁMBITO O LUGAR DE ESTUDIO	72

3.3.- UNIVERSO Y MUESTRA	72
3.4.- DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS POR OBJETIVOS ESPECÍFICOS	72
3.4.1.- DEDUCTIVO.....	72
3.4.2. -DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS POR OBJETIVOS.....	73

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

4.1.- EVALUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS Y CONVENCIONALIDAD DE LA LEY 29785	74
4.2.- EVALUACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA	77
4.2.1.- DERECHO A LA CONSULTA	77
4.2.2. - FINALIDAD DE LA CONSULTA	83
4.2.3.- PRINCIPIOS	88
4.2.3.1.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	89
4.2.3.2.- PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD.....	92
4.2.3.3.- PRINCIPIO DE BUENA FE	98
4.2.3.4.- PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD	103
4.2.3.5.- PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE.....	106
4.2.3.6.- PRINCIPIO DE AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO.....	108
4.2.3.7.- PRINCIPIO DE INFORMACIÓN OPORTUNA.....	112
4.2.4. - SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA	114
4.2.5. - FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	117
4.2.6.- CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	123
4.2.7.- ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA	127
4.2.8.- IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA.....	131
4.2.9. - IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	134
4.2.10. - PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA	137
4.2.11.-INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA	140
4.2.12.-EVALUACIÓN INTERNA DE LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	143
4.2.13.- PROCESO DE DIÁLOGO INTERCULTURAL	147
4.2.14.- DECISIÓN	151
4.2.15.- IDIOMA	156
4.2.16.- ENTIDAD COMPETENTE.....	158
4.2.17.- RECURSOS PARA LA CONSULTA	161
4.3.- APLICABILIDAD DE LA LEY 29785 Y CONFLICTOS SOCIALES.	162
4.3.1.- APLICABILIDAD DE LA LEY 29785.....	162
4.3.2.- CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES	171
CONCLUSIONES	178
RECOMENDACIONES.....	180
BIBLIOGRAFÍA	181
ANEXOS.....	184

LISTA DE GRÁFICOS

Ilustración 1 Transferencia Canon Minero 1996-2016.....	31
Ilustración 2 Transferencia Canon Minero 1996-2016.....	31
Ilustración 3 Transferencia Canon Minero 2014.....	31
Ilustración 4 Transferencia Canon Minero del 2015.....	32
Ilustración 5 Transferencia Canon Minero 2016.....	32
Ilustración 7 Conflictos Activos en proceso de dialogo 2015	172
Ilustración 8 Conflictos socioambientales activos por actividad.....	173



RESUMEN

El presente trabajo sobre marco normativo nacional e internacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, fue con las propuestas de los derechos indígenas que han venido en los últimos años consagrándose, en el marco normativo nacional e internacional, a través del Convenio 169 de la OIT, así mismo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 2007, y las normas que se han dado en nuestro país, como es la Ley de la Consulta previa y su respectivo reglamento.

Justamente en el presente trabajo hemos demostrado el marco normativo nacional e internacional y la inconventionalidad de la normativa nacional, es así a la fecha existe muchas contradicciones, avances y retrocesos en la aplicación de la Ley de Consulta y en el reglamento de la Consulta Previa, puesto que se trata de indecisiones políticas, así como el aumento de los conflictos socio-ambientales frente a los proyectos inconsultos.

Se escogió el método cualitativo, es decir el dogmático, analítico y exegético, se abordó a cabalidad la discusión tanto de sentencias y jurisprudencia, así como el análisis de la doctrina vinculada al tema. Por ello se logró el conocimiento de la normativa Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, en ese entender en el presente trabajo se analizó el Marco Normativo Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa y se tomó en conocimiento sobre su aplicación del derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas y Originarios en el Perú.

Dicho en otros términos hemos abordado el presente trabajo desde un enfoque socio-jurídico para reencauzar la norma hacia una correcta aplicación en nuestro país.

PALABRA CLAVE

Derecho a la Consulta Previa, Realidad de los Pueblos Indígenas, Institucionalidad Indígena, conflicto socio-ambientales, criminalización de los Pueblos Indígenas, territorio y recursos naturales.

ABSTRACT

The present work on national and international regulatory framework on the right to prior consultation of indigenous peoples, was with the proposals of the indigenous rights that have come in recent years devoting, in the national and international regulatory framework through Convention 169 of the ILO, likewise with the Universal Declaration of human rights of the year 2007, and the rules that have been in our country, as it is the law of the consultation and its respective rules.

Just in the present work have demonstrated the frame normative national e international and it inconventionalidad of it normative national, is so to it date exists many contradictions, advances and setbacks in the application of the law of consultation and in the regulation of it consultation prior, since is is of indecision political, as well as the increase of them conflicts partner-environmental facing them projects unwise. Was chosen the qualitative method, i.e. the dogmatic, analytical and Exegetical, addressed fully the discussion both judgments and jurisprudence, as well as analysis of doctrine related to the topic. Why was the knowledge of the national regulations and international on the right to prior consultation with indigenous peoples or indigenous, that understanding in the present work discussed the regulatory framework of national and international on the right to prior consultation and knowledge on its implementation of the right to consult indigenous peoples and indigenous in the Peru took. Said in other terms have approached this work from a socio-legal approach to redirect the standard towards correctness in our country.

INTRODUCCIÓN.

Los pueblos del mundo, reunidos en la Organización Internacional del Trabajo dieron a luz el Convenio 169 de la OIT, donde se reconoce a los pueblos indígenas y se establece que deben ser consultados para obras del medio ambiente y uso de las tierras. Posteriormente en el año 2007 la Organización de las Naciones Unidas, aprueba la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, donde se reconoce en un marco internacional de tal envergadura, los principios y derechos de los pueblos indígenas al mismo nivel de los Derechos Humanos. Posteriormente en el Perú se expidió la Ley de Consulta Previa y su respectivo reglamento.

En nuestro país falta el real conocimiento e interpretación del marco normativo nacional e internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios, y su la falta de aplicabilidad, Por ello se ha visto pertinente que este trabajo sea propositivo para valorar las normas tanto internacionales como nacionales que ya deberían irse aplicando en forma efectiva en todo el país, con miras de prevenir y disminuir los conflictos socio-ambientales.

Los contenidos del presente trabajo de investigación son de carácter cualitativo, han sido motivo de rescatar, interpretar después de analizar los planteamientos de juristas constitucionalistas, que han abordado el tema, y nos demuestran que las normas internacionales como nacionales deben cumplirse a cabalidad. Espero que el presente trabajo nos permite elevar una reflexión crítica, que nos permita visionar una justicia integral y plural.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La preocupación por el tema de la Consulta Previa nace a nivel internacional a raíz de los constantes abusos de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas por parte de los Estados. Frente a la vulneración de los derechos humanos que tienen los Pueblos Indígenas para hacer valer sus otros derechos, en el marco de su relación con el Estado. Es por ello se dan mecanismos de protección jurídica a nivel internacional tales como el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte los Estados tienen el deber de implementar los Derechos Colectivos entre ellos el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios conforme al Convenio 169.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en nuestro país mediante la Ley N° 26253 del 2 de septiembre de 1993. Posteriormente, fue ratificado por el Congreso el 17 de enero del 1994 y entró en vigencia un año después, es decir, el 2 de febrero de 1995. Consiguientemente y según nuestra propia Constitución, estas disposiciones son exigibles desde el año 1995, formando parte de nuestro ordenamiento interno y teniendo rango constitucional. Sin embargo, recién el 23 de Agosto del año 2011, el Congreso peruano aprobó por unanimidad la Ley de Consulta Previa, que desarrolla este derecho contenido en el Convenio 169.

Esta ley fue producto de la aparición de conflictos que desencadenaron en hechos violentos. Dentro de esta gama de conflictos surgidos, destacamos dos conflictos que aceleraron el proceso de aprobación de la ley; éstos son: el enfrentamiento en Bagua entre los Pueblos Indígenas y efectivos de la Policía Nacional (6 de junio del 2010) y las movilizaciones de las comunidades Quechuas y Aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011). Estos conflictos dieron cuenta a la sociedad civil y al Estado de la existencia de un descontento social por las políticas públicas adoptadas, también las diferentes visiones de desarrollo que tienen los pobladores de estas zonas.

En este contexto, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) interpone una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para que cumpla con el Convenio 169 de la OIT y adecúe sus normas al tratado. Esta demanda llega al Tribunal Constitucional (TC) como un Recurso de Agravio Constitucional. En junio de 2010, el TC (STC 03343-2007-PA/TC) emite sentencia ordenando al MINEM que apruebe un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT. Además, exhorta al Congreso de la República para que, culmine con el trámite de promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios.

Sin embargo, en cumplimiento a la sentencia emitida por el TC (STC 03343-2007-PA/TC), el MINEM emite el “Reglamento de procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las actividades minero energéticas”, mediante el Decreto Supremo N° 023-2011-EM. Posteriormente, como ya mencionamos, el Congreso de la República aprueba la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios.

Cabe destacar que el Viceministerio de Interculturalidad, en su deber de implementación de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, ha demorado de forma injustificada en la publicación de la Base de Datos de los Pueblos Indígenas, ya que recién en Octubre del 2013 se hizo pública la Base de Datos de los Pueblos Indígenas por parte del Viceministerio de Interculturalidad.

Los instrumentos legales nacionales e internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas anteriormente aludidos y otros, son objeto de estudio, en este trabajo para lograr los objetivos, aquí planteados.

1.1.2.- PROBLEMA GENERAL

¿Teniendo un marco normativo nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios por qué no se hace efectiva su aplicabilidad en el Perú y cuáles son las consecuencias socio-jurídicas que trae consigo?

1.1.3.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿Cuáles son los aspectos más relevantes en el marco normativo nacional e internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios?

¿Por qué razones no se aplica adecuadamente y en forma efectiva, el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios?

1.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Se pueden mencionar diferentes justificantes para el presente estudio, tales como la presencia importante de población Indígena en el Perú o su permanente exclusión social, política y económica pese al crecimiento de las cifras macroeconómicas del país y al retorno a la democracia. Sin embargo, el interés de realizar este trabajo parte del conflicto amazónico, el principal motivo lo constituye la frecuencia cada vez mayor de los conflictos sociales en el Perú, especialmente de carácter socio-ambiental, en el que

los principales protagonistas son los pobladores rurales, en su mayor parte indígenas; que no contarían con mecanismos eficaces de participación.

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

Por su parte, al 31 de Enero del 2010, la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la DP presentó el 71° Reporte de Conflictos Sociales, en el que se registraron 260 conflictos sociales: 170 (65%) están activos y 90 (35%) en latencia; 121 de los conflictos sociales son de tipo socio-ambiental, seguido por conflictos por asuntos de gobierno local (37 casos) y por temas laborales (28 casos). La mayor parte de conflictos socio-ambientales responden a reclamos contra la actividad minera (77 casos), contra el sector de hidrocarburos (15 casos) y contra la forma de tratamiento de los residuos sólidos (11 casos), entre las razones se encuentran el temor a una posible contaminación ambiental o porque ya se dio ésta, lo que se atribuye principalmente a la escasa información compartida con las comunidades y con la falta de participación de éstas en los procesos de concesión de estos proyectos de inversión privada.

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

El crecimiento económico peruano basado principalmente en las exportaciones de minerales e hidrocarburos es acompañado de un creciente descontento social. Los

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

Los conflictos socio-ambientales se complementan, por la forma que desde el gobierno se vienen manejando los recursos naturales estratégicos. Según el artículo 66 de la Constitución vigente, los recursos naturales son patrimonio de la Nación, por lo tanto el Estado es soberano en su aprovechamiento. Sucede que las comunidades campesinas y nativas consideran que estos recursos les pertenecen porque están en sus territorios, la posición de los gobiernos ha sido contraria y ante la inexistencia de mecanismos eficaces de diálogo, este esquema ha ido degenerándose en serios conflictos sociales. Además la percepción que tienen los pobladores es que junto a su pobreza y perjuicio a su salud y al medio que les rodea.

La finalidad del presente trabajo es fortalecer la participación efectiva de la poblaciones indígenas, estas actividades podrían ser provechosas para todos y no solo para un sector reducido. Desde luego, esta investigación está orientada a establecer que la consulta previa es un mecanismo que podría evitar la conflictividad, por un lado, porque significaría la posibilidad de los Pueblos Indígenas a participar en las decisiones

que les afecten directamente y, por otro, porque permitiría obtener a los inversores una “licencia social” para efectuar sus actividades con total legitimidad.

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

1.3.- OBJETIVOS

1.3.1.- GENERAL

Analizar el Marco Normativo Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios, y su aplicabilidad.

1.3.2.- ESPECÍFICOS

Determinar los aspectos relevantes del marco normativo nacional e internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Determinar el nivel de aplicación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.- MARCO DOCTRINAL

a. - Garantismo jurídico

La teoría Garantista del Derecho cambia el papel de La Teoría del Derecho clásica, antes era avalorativa, ahora se vuelve valorativa. La obligación del Juez era siempre aplicar la Ley, ahora se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerla. El jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas.

Luigi Ferrajoli, su principal representante, rechaza la tesis kelseniana de la validez del derecho únicamente en virtud de la legitimación formal, que se refiere a lo estrictamente legal e instrumental donde se privilegia la racionalidad de la norma, y propone que además de la legitimación formal también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales, en su función social (legitimación sustancial)

Las constituciones según Ferrajoli, deben ser entendidas como presencias heterogéneas que compone una sociedad. Las constituciones son en suma para los pactos sociales de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos con ello se trata de combatir la idea dominante de la teoría constitucional de que las constituciones son el reflejo de cierta homogeneidad social que presupone un demos, la voluntad popular como fuente de su efectividad. (FARRAJOLI, 2008)

Busca cubrir los vacíos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. Cumple una función limitativa del poder. Los límites del poder se materializan con los principios de legitimación formal y sustancial.

La teoría del Estado de Derecho está vinculada a la realidad socio-jurídica y también política del Estado democrático. El Estado de Derecho Garantista se propone invertir los papeles: El derecho ya no es más un instrumento de la Política, al contrario ahora la política deberá ser el instrumento del Derecho sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales.

Se trata de elevar a la cúspide la preponderancia de la legalidad como garantía de la paz, el bienestar y la seguridad pública.

b. - El Pluralismo Jurídico.

Considerado una Escuela y a la vez un sistema Jurídico que sostiene que la coexistencia de sistemas jurídicos, con una visión decolonial y contra hegemónica, basado en la justicia originaria de los pueblos tribales, indígenas, ancestrales, así como de los órdenes jurídicos de las sociedades periféricas, que en una sociedad pluralista y heterogénea se adapta a los requerimientos de las formas culturales de este tipo de sociedad.

El caso del Pluralismo Jurídico que se encuentra en países como Ecuador y Bolivia que han impulsado desde los cambios del Estado, el pluralismo jurídico, como alternativa de liberación y atención a los pueblos indígenas olvidados y marginados secularmente por la historia de los países de este lado del continente latinoamericano.

El pluralismo jurídico, es ya una realidad que además es alternativa ante el positivismo instrumental, excesivamente formalista e institucional que contraviene por su carácter monista a una sociedad pluralista, y que ha entrado en una crisis seria de

eficacia y de legitimidad. Por ello es que la apuesta del pluralismo jurídico es una alternativa que ya lo tuvo José Antonio Encinas en la mente al sostener en el siglo pasado en los 30, la inclusión real y normativa de una legislación indígena que nos devuelva el sentido de justicia social, y sólo así construir una verdadera nación, una democracia y un Estado de Derecho verdaderamente social.

Hay muchos exponentes en el continente del Pluralismo Jurídico, como Katherine Walsh, Enrique Dussel, Buenaventura de Sousa Santos, Eugenio Raúl Zaffaroni, Armando Guevara, Raquel Irigoyen, Luis Pásara, Antonio Peña, y muchos otros más que contribuyen con sus estudios postcoloniales y periféricos sobre un derecho pluralista.

2.2.- MARCO CONCEPTUAL DE PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA

Para la realización de esta Investigación, resulta de suma importancia tener presente en forma clara y precisa los conceptos o términos que se han de emplear a través de la Investigación, siendo los principales los siguientes.

2.2.1. - PUEBLOS INDÍGENAS

A efectos del presente trabajo de investigación es necesario, conocer qué se entiende por pueblos indígenas o poblaciones indígenas.

Pueblos Indígenas pueden ser definidos de la siguiente manera: Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disímiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad, están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos de

acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Esta continuidad histórica, puede consistir en la persistencia durante un largo período de tiempo y hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: Ocupación de territorios ancestrales o parte de ellos, Linaje en común con los ocupantes originales de esos territorios, Cultura en general o en manifestaciones específicas (como son religión, sistema tribal de vida, afiliación a una comunidad indígena, indumentaria, modo de subsistencia, estilo de vida, etc.), Lenguaje (tanto si es utilizado como lenguaje único, lengua materna, medio habitual de comunicación en el hogar o en familia o empleado como lengua principal, preferida, habitual, general o normal), Residencia en ciertas partes de su país o en ciertas regiones del mundo, y otros factores relevantes. Es decir, son Pueblos Indígenas los pueblos originarios que existían antes de la conquista y antes de que existieran los actuales Estados y que mantienen conjuntamente una continuidad histórica. Aunque hoy no constituyan un sector dominante en las sociedades en las que viven, están decididos a seguir siendo pueblos plenamente identificados y a dejar a sus descendientes su territorio y su identidad cultural para seguir existiendo como pueblos. (Casafranca, 2011)

Para Elizabeth Salmón, 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, dando 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. (Salmón B. O., 2012)

a.- Las comunidades campesinas

Las comunidades campesinas tienen reconocimiento constitucional en el capítulo VI el 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 1987 y reglamentada en 1991.

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”.

Para Carlos Andaluz, 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, usualmente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana. (Andaluz, 2009)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera. 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. 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. (Salmón E. B., 2012)

Para Bárbara Lehnebach, 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 quechua hablantes (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. (Lehnebach, 2014)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera. 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. (Salmón E. B., 2012)

b.- 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. Entre ellos se encontraban principalmente el abigeato y la falta de presencia del Estado en las zonas rurales 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. (Ballón, 2004)

El artículo 7 de Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, reconoce la diversidad cultural de las rondas campesinas cuando señala que podrán intervenir en la resolución de conflictos de acuerdo con sus costumbres.

De igual manera, el artículo 4 del Decreto Supremo 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, 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.

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. 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 en Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009, 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. (Salmón E. B., 2012)

Hay que tener en cuenta que 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.

c.- 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, mientras que su reglamento es el Decreto Supremo 003-79-AA que fue publicado el 12 de abril de 1979. La Ley de Comunidades Nativas es el marco legislativo de pueblos indígenas más antiguo dentro de los años

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.

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 distintas, siendo el pueblo asháninka el mayor. 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), lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas. (Salmón E. B., 2012)

d.- Los 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, por la situación especial trataremos sobre el tema ampliamente en el tema de realidad de los pueblos indígenas.

2.2.1.1.- MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Constitución Política del Perú

La categoría jurídica de pueblos indígena no se encuentra en la Constitución peruana. El sujeto jurídico reconocido por la Constitución y la mayor parte de la legislación es el de la comunidad. Así, existen como categorías jurídicas las comunidades campesinas o las comunidades nativas. En el país se encuentran

registradas unas seis mil comunidades. Sin embargo, cabe apreciar que el término pueblos originarios ha irrumpido en la Constitución Política del Perú en el artículo 191° junto a la categoría comunidades campesinas y nativas en la parte referida a los gobiernos regionales.” (Ballón, 2004)

Cabe tener en cuenta lo prescrito en el capítulo VI, del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas de nuestra Constitución Política del Perú indicando en su Artículo 89 donde reconoce expresamente la existencia legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas.

b.- La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, Reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT (Ley 29785) y su Reglamento DS. N° 001-2012-MC

En la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT no define el concepto de pueblos indígenas y originarios sin embargo en su Artículo 7 se consideran dos criterios para identificar a los pueblos indígenas y originarios como sujetos colectivos, los criterios objetivos son: la descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, instituciones sociales y costumbres propias, patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. Criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas y originarios.

En el Reglamento DS. N° 001-2012-MC. En su artículo 3 literal k, se puede apreciar la definición de: Pueblo Indígena u Originario: “Pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que

sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. [...]. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos...” (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

c.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Con respecto a los pueblos indígenas nuestro Tribunal Constitucional realiza las siguientes precisiones:

Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. [...].Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, este Tribunal ha dicho que «la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú». [...].Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010, pág. fundamento 3)

En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece

que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010, pág. fundamento 4).

2.2.1.2.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Artículo 1, inciso 1, literal a y b del convenio 169 OIT expresan acerca de los pueblos indígenas, se aplica: a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan 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; a 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. Del mismo modo el inciso 3 del

mencionado artículo aclara, La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. (Convenio 169, 1989)

Así mismo el Artículo 3 del convenio 169 OIT, inciso 1 añade: Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. (Convenio 169, 1989)

b.- Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Los artículos 3 y 4 de la DNUDPI hacen mención al derecho que tienen los Pueblos Indígenas a su libre determinación referente a su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Así mismo los Pueblos Indígenas tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

c.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido varias sentencias que han fortalecido la protección de los Pueblos Indígenas en varios países de Latinoamérica, por lo cual nos parece útil brindar algunas precisiones.

Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente que la subsistencia cultural y económica de los Pueblos Indígenas y Tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio

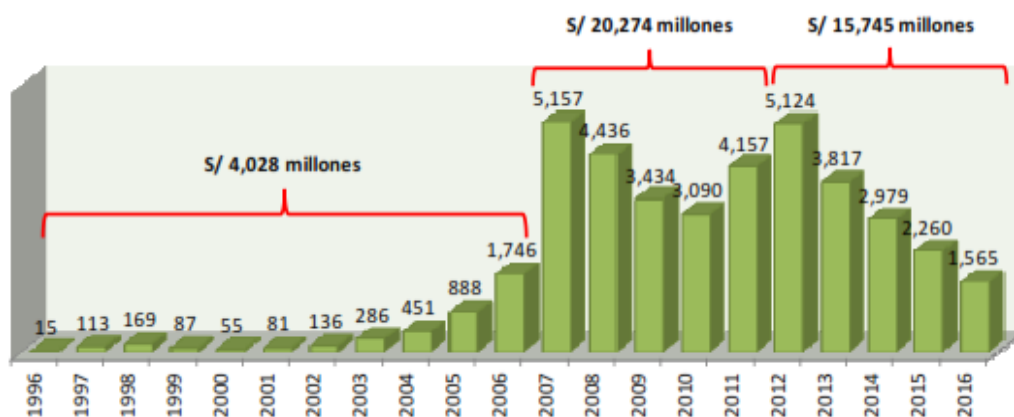
«que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí». Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007, pág. fundamento 120)

2.2.1.3.- PRESENCIA Y ACEPTACIÓN DE LA MINERÍA EN EL PERÚ

Durante los últimos años, la actividad de extracción de minerales ha crecido de manera significativa en el mundo, y el Perú ha sido uno de sus importantes campos de expansión. Nuestro país posee en efecto considerables reservas, cuya explotación se vuelve rentable a medida que el precio de los metales en el mercado internacional se incrementa. En este contexto, los gobiernos sucesivos han implementado progresivamente, desde 1990, una serie de reformas destinadas, en primer lugar, a facilitar las inversiones orientadas a la explotación de los recursos mineros, y, en segundo lugar, a mitigar los impactos negativos que pudiera tener esta explotación.

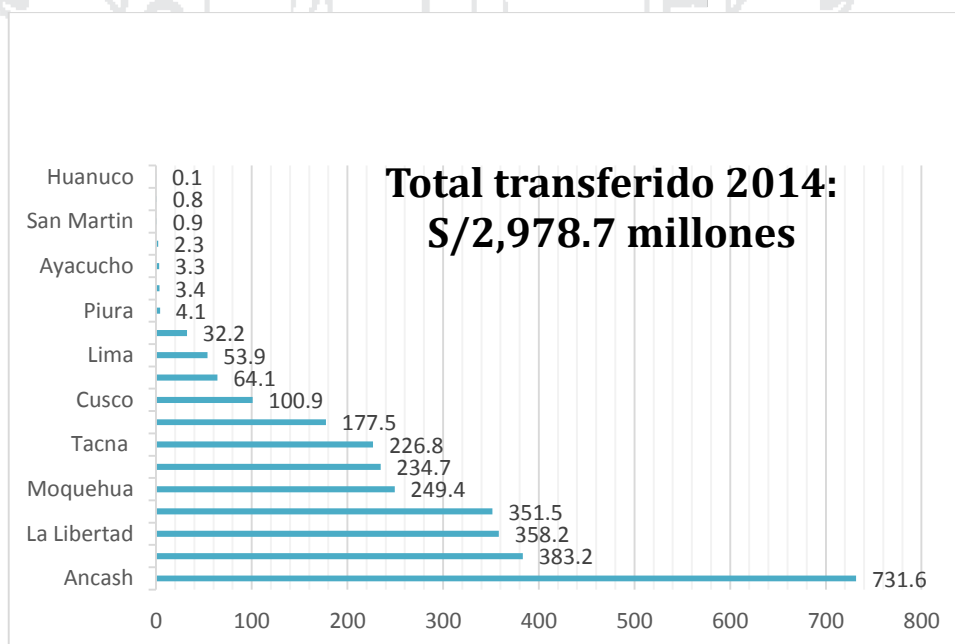
El Estado peruano ha creado algunos mecanismos legales para redistribuir parte de los ingresos que provienen de la minería a las regiones afectadas, como el canon minero y las regalías, a continuación presentamos el monto de canon minero que recibe cada departamento.

Ilustración 1 Transferencia Canon Minero 1996-2016



Elaboración el autor
Fuente Ministerio de Economía y Finanzas

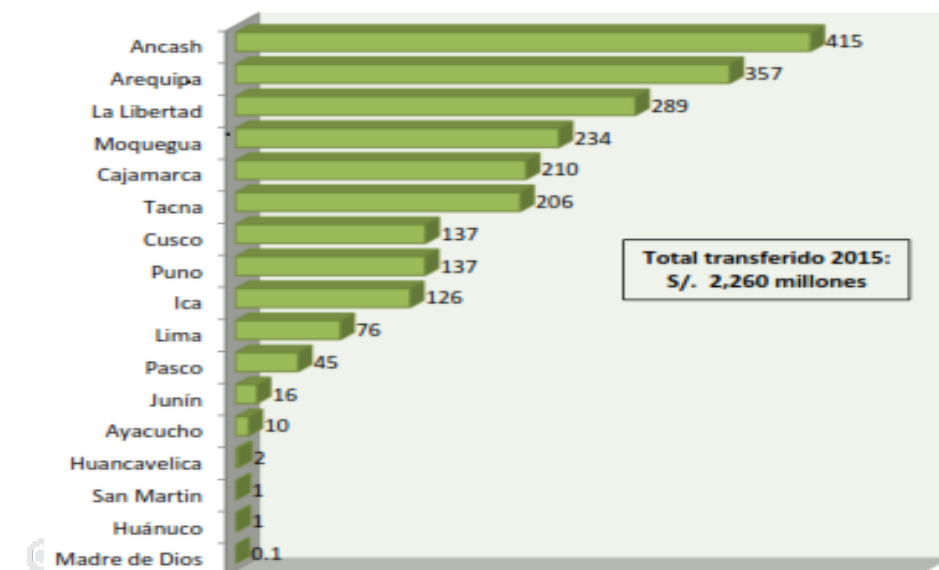
Ilustración 3 Transferencia Canon Minero 2014



Elaboración el autor
Fuente Ministerio de Economía y Finanzas

Con el cuadro de tranferencia de canon minero del 2014, queda demostrado que los departamentos de Ancash, La Libertad, Moquehua, Tacna, etc. Reciben mayor cantidad por concepto de canon minero.

Ilustración 4 Transferencia Canon Minero del 2015

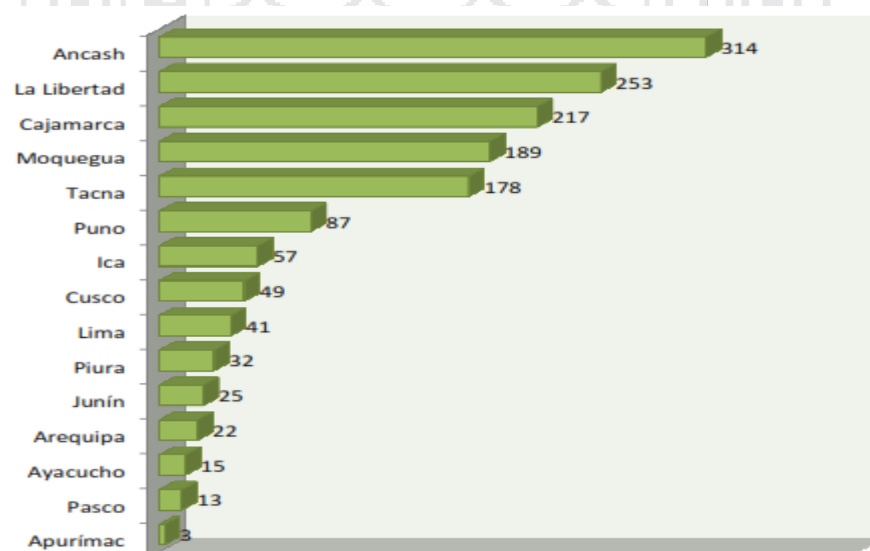


Elaboración el autor

Fuente Ministerio de Economía y Finanzas

De la misma forma en transferencia de canon minero del año 2015, los departamentos con mayor ingreso por canon minero son; Ancash, Arequipa, La Libertad, Moquegua, Cajamarca, Tacna.

Ilustración 5 Transferencia Canon Minero 2016



Elaboración el tesista

Fuente Ministerio de Economía y Finanzas

Finalmente en transferencia de canon minero del año 2016, los departamentos con mayor ingreso por canon minero son; Ancash, La Libertad, Cajamarca, Moquegua, Tacna, con ello demostramos que algunos departamentos cada año reciben mayor cantidad por concepto de canon minero.

2.2.1.4.- BASE DE DATOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

La Ley N° 29785 y su Reglamento prevén la elaboración de una Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones por el Ministerio de Cultura. En mayo de 2012, el MINCU aprobó la Directiva N° 03-2012/MC contenida en la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que regulaba el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y originarios.

Mucho se discutió sobre la publicación de este listado, y finalmente el 25 de octubre de 2013 el MINCU publicó la Base de Datos de Pueblos Indígenas. Hasta el momento, el MINCU ha reconocido en su Base de Datos a 52 pueblos indígenas, de los cuales 48 son amazónicos y 4 andinos (Quechua, Aymara, Uro, Jaqaru), considerando que esta base está en constante actualización.

Primero, cabe resaltar que el contenido mismo de la Directiva N° 003-2012/MC es cuestionable. Con respecto a la metodología para la creación de esta base de datos, el MINCU identifica un listado de criterios objetivos “incluidos lengua y tierras comunales”, que lo acercan más a lo que señalaba la Ley de Consulta Previa que a lo indicado en el Convenio 169 de la OIT.

La Directiva N° 003-2012/MC señaló que, sobre la base del Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 29785, el criterio subjetivo era el de la auto identificación como pueblo indígena u originario, mientras que los criterios objetivos eran la continuidad histórica, la

conexión territorial y las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas.

Sin embargo, la Base de Datos agrega dos elementos objetivos más: la lengua indígena u originaria y las tierras comunales, argumentando que ambos criterios “dan cuenta de la ‘continuidad histórica’ desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado”. Estos dos criterios son muy criticables: en la actualidad podemos encontrar comunidades que han perdido el uso de su lengua originaria o que ya no cuentan con tierras comunales, sino solamente con parcelas familiares, lo que en la práctica no significa que pierdan su condición de indígena.

Segundo, sobre la Base de Datos actual es necesario exponer que el procedimiento de elaboración, que sigue en proceso, no ha tomado en cuenta hasta la fecha a las organizaciones indígenas locales, regionales o nacionales, a quienes se les debió consultar, así como a los gobiernos locales y regionales, y considerar su participación como actores legítimos para la construcción de dicho instrumento.

Acerca del contenido de la Base de Datos, la información que brinda es limitada a solo un número reducido de pueblos andinos y amazónicos. Presenta a cada pueblo indígena y coloca con qué otras denominaciones se les conocen y a qué familia lingüística pertenecen.

La descripción de cada pueblo consiste en una introducción sobre el pueblo, un recuento de su historia, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus creencias y prácticas ancestrales, sus organizaciones representativas, una referencia geográfica (y en ocasiones un mapa) y una base bibliográfica de donde se extrajo la información señalada. También se presenta una breve descripción de todas las familias lingüísticas a las que

corresponden los cincuenta y dos pueblos indígenas descritos y de la familia lingüística Aru, a la que corresponde el pueblo indígena Aymara.

La siguiente lista presenta los 52 Pueblos Indígenas y Originarios identificados por el Viceministerio de Interculturalidad. Estando a responsabilidad de esta entidad la publicación progresiva de información sobre estos pueblos.

Tabla 1 Numero de pueblos indigenas por familia linguistica

Pueblo Indígena	Otras denominaciones
Achuar	Achual, achuare, achuale
Amahuaca	Yora
Arabela	Tapueyocuaca, chiripuno
Asháninka	Campa, campa ashanika, campa de Pichis
Awajún	Aguaruna, aents, ahujun
Aymara	Aru
Bora	Booraa, miamuna, boro, miranha, miranya, miraña-carapaña-tapuyo
Capanahua	Nuquencaibo, buskipani
Caquinte	Campa caquinte, poyenisati
Chamicuro	Chamicura, chamicolos
Chitonahua	
Culina	Madija, madiha, kulino, kolina, kollina, karina
Ese eja	Ese'eja, huarayo, tiatinagua
Harakbut	Amarakaeri, arazaeri, arasairi, huachipaeri, huachipayri, wacipairi, kisamberi, pukirieri, puncuri, toyoeri, toioeri, toyeri, tuyune
Iñapari	Inapari, inamari, kushitireni
Iquito	Ikito, iquito, amacacore, quiturran
Isconahua	Isconawa, iskobakebo
Jaqaru	Aymara tupino, aymara central, cauqui, aru

Jívaro	Jibaro del río Corrientes, chiwaro, siwaro, chivari
Kakataibo	Cashibo-cacataibo
Kandozi	Candoshi, chapra, chapara, murato
Kashinahua	Huni kuin, caxinahua, kachinahua
Kichua	Quichua, inga, lamas, llacuash
Kukama- kukamiria	Cocama-cocamilla, ucayali, xibitaona
Maijuna	Orejón
Marinahua	Onocoin, murunahua, morunahua
Mashcopiro	
Mastanhua	
Matsés	Mayoruna
Matsigenka	Machiguenga, matsiguenga, machiganga, matsiganga
Muniche	Munichi
Murui- muinani	Uitoto, huitoto
Nanti	Kugapakori, kogapacori
Nomatsigenga	Nomachiguenga, atiri
Ocaina	Dukaiya, dyo'xaiya
Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, anapia, macanipa, yhuata, umaua, cambeba, campeba, omaguino
Quechua	Quechuahablante, chankas, chopccas, wankas, waris, q'eros, cañaris
Resígaro	Resigero
Secoya	Aido pai
Sharanahua	Onicoin
Shawi	Chayahuita, chayawita, campo-piyapi, tshahui, shayabit
Shipibo- konibo	Shipibo, joni, chioeo- conivo
Shiwilu	Jebero, chebero, xebero, shiwila
Tikuna	Ticuna, duuxugu
Urarina	Itucali, kacha edze, itukale
Uro*	Uru
Vacacocha	

Wampis	Huambiza, maina, shuar-huampis
Yagua	Yihamwo
Yaminahua	Yuminahua, yaminagua, jjamimawa
Yanesha	Amuesha, amage, amuexia, omage, amajo
Yine	Piro, pirro, pira, simirinche, chotaquiro

Elaboracion el autor

Fuente Viceministerio de Interculturalidad.

2.2.1.5.- INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA ESTATAL

Debemos señalar que el Convenio N° 169 OIT, es el primer texto legal que reconoce la legitimidad de las instituciones representativas tradicionales que para nuestro caso vendrían a cumplir las organizaciones para los Pueblos Indígenas. Reconoce su legitimidad y representatividad para actuar como interlocutores de los pueblos ante cualquier instancia pública o privada.

Para entender la institucionalidad indígena comenzaremos haciendo algunas aclaraciones:

a) Existen diferentes denominaciones y configuraciones de las instituciones indígenas representativas en el Perú, por ejemplo: Comunidades Nativas, Comunidades Campesinas, Organizaciones Indígenas, Federaciones, Confederaciones, etc.

b) Existen pueblos indígenas que conservan sus organizaciones tradicionales, tales como los clanes u otros y no son partícipes directos de la realidad nacional y de la toma de decisiones, por voluntad propia (Pueblos en Aislamiento voluntario y en Contacto Inicial)

c) Existen pueblos indígenas que no están afiliados a ninguna organización local, regional o nacional.

De esta manera por un lado tenemos organizaciones de la amazonia peruana tales como: la organización nacional amazónica de más larga trayectoria en el país y con el mayor número de federaciones y comunidades nativas afiliadas (AIDSESP), En 1987 surgió la Confederación de Nacionalidades de la Amazonía Peruana (CONAP), también tenemos la creación de la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica COICA (1984).

Las organizaciones de los Pueblos Indígenas Andinos tales como: Las principales organizaciones agrarias: la Confederación Campesina del Perú (CCP) y la Confederación Nacional Agraria (CNA), creadas en 1946 y 1974. La acción de estas dos organizaciones afianzó la valoración de la conciencia campesina. La Confederación Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI) principalmente recoge a las comunidades enfrentadas a las mineras y a otros actores que afectan los recursos colectivos, posteriormente incluyó en su defensa, la integridad de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas andinas, por otra parte también se tiene la Confederación Nacional de Productores Agropecuarios de las Cuencas Cocaleras del Perú (CONPACC), y finalmente la Coordinadora Andina de las Organizaciones Andinas (CAOI) que tiene como objetivo principal coordinar las acciones de incidencia política a nivel internacional, para garantizar una representación legítima de los intereses de los pueblos indígenas andinos. (Handersson Bady Casafranca Valencia, 2011).

En el Perú se ha observado una inestabilidad crónica de la Institucionalidad Indígena Estatal en los últimos diez años. La entidad a cargo de las políticas nacionales de desarrollo de los Pueblos Indígenas, el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) fue

fusionado al Ministerio de Cultura en 2010, con lo que desapareció. Así, sus funciones fueron absorbidas por este Ministerio y son actualmente ejercidas por el Viceministerio de Interculturalidad. Actualmente este Viceministerio es la autoridad estatal en materia de Pueblos Indígenas, pero debido a las normas del Poder Ejecutivo, no cuenta con espacios formales de participación de los Pueblos Indígenas o sus representantes. (Organizaciones Indígenas que conforman el Pacto de Unidad, 2013)

En 2012, el MINCU creó el Grupo de Trabajo de naturaleza temporal sobre institucionalidad pública en materia de pueblos indígenas u originarios. Después de nueve sesiones de trabajo con las organizaciones indígenas nacionales, su informe final fue publicado en julio de 2013.

Los representantes del Vice Ministerio de Interculturalidad y siete de las diez organizaciones indígenas nacionales participantes llegaron a un acuerdo acerca de las características de la entidad encargada de las políticas públicas indígenas, que se detallan a continuación:

- a) Nivel ministerial. La entidad debería tener acceso al más alto nivel dentro de la jerarquía del Poder Ejecutivo con el fin de poder influir eficazmente en las decisiones gubernamentales. Asimismo, resulta necesario que pueda disponer de un presupuesto, así como de los recursos humanos y financieros suficientes para cumplir a cabalidad sus competencias.
- b) Rectoría. La entidad debe ejercer un rol de rectoría intra e intergubernamental, de tal manera que todas las políticas públicas que sean adoptadas por todos los sectores y niveles de gobierno, nacional, regional y local, sigan obligatoriamente

los lineamientos que aquella dicte. Para tal fin, debe tener la capacidad de hacer un seguimiento del indicado objetivo.

c) Participación de los pueblos indígenas. La entidad debe contar con un mecanismo permanente de participación efectiva de los representantes de los pueblos indígenas, en niveles iguales o mayores de los ya logrados en el ordenamiento jurídico nacional, con la capacidad de proponer, implementar y evaluar las políticas públicas que desarrolle.

d) Carácter desconcentrado y promoción de la descentralización. La entidad debería contar con órganos desconcentrados encargados, dentro de su ámbito territorial, de actuar en representación, y por delegación en las funciones competentes en materia indígena, con la finalidad de apoyar el fortalecimiento de la capacidad de atención de la agenda indígena a cargo de los gobiernos regionales y municipalidades.

Sin embargo, hasta la fecha, esos acuerdos han quedado en letra muerta y no se ha tomado ninguna medida para constituir una institucionalidad indígena que cumpla con el Convenio 169 de la OIT, tal como es interpretado por la CEACR. (AIDSESP, 2014)

Esta falta de institucionalización sistemática de la participación indígena no permite que los planes y programas que afectan a los pueblos indígenas sean adoptados, coordinados, ejecutados y evaluados en cooperación con ellos.

2.2.1.6.- REALIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Derecho al Territorio y Recursos Naturales

El derecho al territorio y recursos naturales de las poblaciones indígenas viene siendo vulnerado por la falta de seguridad jurídica de los territorios de las poblaciones

indígenas o comunidades, en la práctica, dificulta cada vez más las relaciones y negociaciones entre el Estado, empresas y las comunidades, ya que la falta de títulos las coloca en situaciones de desventaja.

El Artículo 3° inciso f) del reglamento de la Ley 29785 Ley de Consulta, define el derecho a la tierra y territorio dentro del grupo de los Derechos Colectivos, “Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural”. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

De otro lado el Artículo 84 de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), considera “Recursos Naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tienen un valor actual o potencial en el mercado”. (Ley General del Ambiente, 2005). Así también el Artículo 66 de nuestra Constitución Política señala que, “los Recursos Naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su

utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” (Gaceta Jurídica, 2005)

Así mismo el Artículo 3 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales (Ley 26821) clasifica los Recursos Naturales. “Las aguas: superficiales y subterráneas. El suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección. La diversidad biológica, como las especies de flora, fauna y microorganismos, los recursos genéticos y los ecosistemas que dan soporte a la vida. Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares. La atmósfera y el espectro radioeléctrico y los minerales. Los demás considerados como tales. El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley”. (Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, 1997)

Por otro lado la Defensoría del Pueblo recientemente ha publicado el informe titulado “Análisis de la Política Pública sobre reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas”, donde se concluye que “el Estado no cuenta con una política pública adecuada para el reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas de nuestro país”. Esto queda evidenciado a través de los siete problemas analizados por la Defensoría del Pueblo del Perú: “1.) La ausencia de una normativa integrada y actualizada en materia de reconocimiento y titulación de las comunidades; 2.) La falta de una rectoría que garantice el reconocimiento y titulación de comunidades; 3.) La falta de información centralizada sobre el número de comunidades campesinas y nativas; 4.) Insuficiencias en la especialización y capacitación del personal a cargo del proceso de reconocimiento y titulación; 5.) La falta de difusión de derechos y

adecuación de los instrumentos de gestión; 6.) La falta de priorización presupuestal para la implementación del proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas; 7.) La carencia de lineamientos que permitan solucionar las controversias derivadas de la superposición de derechos.”

(Defensoria del Pueblo, 2014)

Se tiene así también los posibles impactos de la ley N° 30230 en los territorios indígenas; El Título III de la Ley N° 30230 establece procedimientos especiales para el saneamiento físico-legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada, sin salvaguardas que aseguren el derecho al territorio de los pueblos indígenas; la agenda pendiente de titulación de tierras de las comunidades campesinas y nativas; la ampliación de sus territorios, y la regularización de la tenencia de la tierra de poseionarios, colonos y ribereños. Además, se plantea que la norma tenga alcances de aplicación retroactiva.

En ese sentido, la Ley N° 30230, en sus artículos 36, 37 y 38, dispone:

- a) Crear procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada.
- b) Tal regulación alcanzaría a los predios comprendidos dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de inversión referidos en el numeral siguiente, independientemente del uso actual o futuro que se le dé a los predios.
- c) Están bajo este alcance los proyectos:
 - i. De inversión pública y privada, de interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura cuya declaración sea anterior o posterior a la vigencia de la presente ley.

ii. Que cuentan con concesiones otorgadas por el gobierno o con participación de PROINVERSION, sobre la base de autorizaciones ministeriales anteriores o posteriores a la presente ley.

d) Solo pueden iniciar este procedimiento el titular del proyecto o el ministerio sectorial a cargo de la promoción de la actividad que se beneficiará. (Ley de simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión, 2014)

Cabe señalar que cualquier tipo de proyecto que el Estado así lo determine podría llamarse de “gran envergadura”, puesto que no existe tal definición en el marco legal.

Por ello, que no quede claro cuál es el objetivo del saneamiento físico-legal aprobado, siendo un riesgo para el territorio de los pueblos indígenas, ya que existen muchos pueblos que no han concluido sus procesos de titulación de tierras y podría entenderse que, al ser una ley pro inversiones, su finalidad sería otorgarle el derecho de propiedad a las empresas que soliciten el saneamiento o asegurar la ocupación del territorio con gravámenes.

Esta situación pone en grave riesgo el derecho al territorio de las poblaciones, especialmente de las comunidades indígenas comprendidas dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de inversión. En efecto, en ninguna parte del contenido de esta ley se excluye expresamente de esta regulación a los pueblos indígenas, ni se señala qué pasará con los pueblos que habitan en dichas áreas como poseionarios y cuyo trámite de titulación se encuentra en proceso.

En síntesis se puede observar que la población indígena no solo está relacionada con el aspecto productivo y económico con la tierra, sino también a una concepción espiritual, vínculo profundo con la tierra y su aprovechamiento sostenible de sus Recursos

Naturales que se encuentran en su entorno. Por otro lado, el gobierno emprende políticas liberales, cediendo en concesiones a las empresas privadas extractivas para el aprovechamiento de los Recursos Naturales que se encuentran en los territorios de los Pueblos Indígenas sin el consentimiento de éstos. Con ello se desatan los conflictos socio-ambientales.

b.- Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y 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.

El Perú cuenta con cinco Reservas Territoriales para PIACI: Isconahua (departamento de Ucayali, provincia de Coronel Portillo), Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (departamentos de Cusco y Ucayali, provincias de La Convención y Atalaya, respectivamente), Madre de Dios (departamento de Madre de Dios, provincias de Tambopata, Manu y Tahuamanu), Mashco Piro (departamento de Ucayali, provincia de Purús) y Murunahua (departamento de Ucayali, provincia de Atalaya).

Los graves impactos a la salud, el territorio y la autodeterminación de Pueblos Indígenas en aislamiento y contacto inicial, provocados principalmente por la implementación de programas o proyectos extractivos, en sus territorios, ha motivado denuncias, protestas y propuestas de protección, mayormente de parte de organizaciones de la sociedad civil. En los últimos años, estas demandas se han trasladado también a las Naciones Unidas, que a través de informes y resoluciones, ha demandado a los gobiernos

de los países del mundo donde existen pueblos viviendo en estas condiciones, su protección prioritaria.

A raíz de las presiones para que los gobiernos ejercieran un rol más activo en la protección de los pueblos mencionados, se han venido emitiendo una serie de instrumentos de diferente naturaleza y rango, en este sentido. En Perú así tenemos una legislación específica sobre los pueblos que cumplen con las condiciones mencionadas: la “Ley para la protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial” (Ley N° 28736). Esta ley fue promulgada por el Congreso de la República, el 24 de abril de 2006, y reglamentada a través del Decreto Supremo 008-2007/MIMDES, el 07 de octubre de 2007.

De acuerdo al primer artículo de esta norma, su objetivo es establecer un régimen especial transectorial de protección de los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad. En tal sentido, define las denominaciones “aislamiento voluntario”, “contacto inicial” (artículo 2), establece los requisitos para que un pueblo indígena sea categorizado dentro de estas clasificaciones y su territorio como “Reserva Indígena” (artículo 3); define las obligaciones del Estado respecto a sus derechos, principalmente a la vida, la salud, a que su decisión sobre sus formas de vida y su relación con la sociedad nacional sean respetadas, a la protección de su cultura, sus derechos de posesión de las tierras que ocupan, etc. (artículo 4). Además, establece la intangibilidad transitoria y relativa de las Reservas Indígenas. Planes de contingencia.

Para la Defensoría del Pueblos, 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. 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. (Defensoría del Pueblo, 2006)

c.- Criminalización de los Pueblos Indígenas en el Perú

La violencia estatal hacia los pueblos indígenas, en los últimos años fue aumentando, el informe alternativo señala lo siguiente.

La violencia estatal se ha continuado cerniendo sobre los Pueblos Indígenas en forma de criminalización. Se sigue dando a los Pueblos Indígenas un tratamiento equiparable al empleado para neutralizar las peores formas de criminalidad, incluyendo el uso extremo de la fuerza pública, la persecución penal de líderes indígenas y la militarización de sus territorios ancestrales. Para legitimar estas acciones, el Estado y los grupos de poder han continuado desplegando una sistemática campaña de difamación, presentando a los pueblos indígenas como violentos, irracionales y enemigos del desarrollo. Hasta el momento, la jurisdicción estatal se ha mostrado inoperativa para lograr el acceso a la justicia y la reparación frente a estas graves formas de coerción y vulneración de los derechos de los Pueblos Indígenas.” (organizaciones indígenas amazónicas y andinas del Perú, 2013)

De la misma forma los pueblos indígenas reciben hostigamiento de parte de los agentes estatales o grupos vinculados a industrias extractivas.

Asimismo, los líderes y defensores de los derechos de los pueblos indígenas continúan sufriendo actos de hostigamiento a manos de agentes estatales o grupos

vinculados con las industrias extractivas, ya sea mediante amenazas o agresiones físicas o mediante la persecución judicial. La señora Máxima Acuña de Chaupe es una de las últimas campesinas que permanecen en el territorio de la comunidad de Sorochuco, en pleno corazón del proyecto minero Conga, de la empresa minera Yanacocha en Cajamarca (norte del Perú). La empresa titular de la tercera mina de oro más grande del mundo pretende desalojarla forzosamente de sus tierras. Desde 2011 a la fecha, la señora Máxima ha sido torturada por la policía contratada por Yanacocha, quienes han incendiado su vivienda y matada sus animales. Asimismo, le impiden transitar libremente por el camino ancestral que conduce a sus tierras. La empresa la ha acusado de usurpación, es decir, le imputa haber arrebatado de manera violenta su posesión en un lugar custodiado por varias decenas de policías y guardias privados. Ha sido sentenciada de manera completamente arbitraria a tres años de prisión suspendida y al pago de más de US\$ 2 000 a la empresa minera. En el mes de diciembre de 2014 la justicia en segunda instancia declaró a la señora Acuña y sus familiares inocentes de los delitos de usurpación, luego de un largo proceso. (Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas y AIDASEP, 2014)

d.- Conflictos Socio-Ambientales y efectos de la contaminación en los Recursos Naturales departamento de Puno

Toda persona tiene el derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales y el desarrollo sostenible del país. Sin embargo, los conflictos socio-ambientales se generan toda vez por la vulneración al

derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida de las Poblaciones Indígenas u Originarias dentro de su ecosistema, claro ejemplo de ello podemos ver en las partes altas de la provincia de Carabaya y San Antonio de Putina, ya que la extracción de los recursos naturales y de otra parte la ganadería y agricultura se ven bastante afectados, lo que constantemente genera conflictos socio-ambientales.

Por ello la consulta previa, libre, informada y de buena fe, constituye una herramienta adecuada para la gestión estatal, en contraste con las erradas concepciones que equiparan los procesos de consulta y participación, con esfuerzos innecesarios que sólo demoran el desarrollo del país. De otro lado, debe dimensionarse a la consulta previa como un medio para la prevención de conflictos. Así por ejemplo, a lo largo de los últimos cinco años, la Defensoría del Pueblo registró el aumento de más del 300% en la frecuencia de conflictos sociales donde “la mayor cantidad corresponde a conflictos por temática socio-ambiental. Así, por ejemplo, mientras que en el 2004 alcanzaban a 4 regiones del país, en el 2005 pasan a ser 7; el 2006, 12; durante el 2007, 15; en el 2008 alcanzaron a 19 regiones. En el 2009 a 23 y en el 2010 aumentó a 24 regiones, pero además, este incremento no solo corresponde al número de regiones, sino también a la intensidad”. De la misma manera expresó que: “Hacia septiembre del 2011, los conflictos socio ambientales, entre activos y latentes, constituían el 41.7% del total de los conflictos registrados por la Defensoría del Pueblo. En segundo lugar se encuentran los conflictos por asuntos de gobierno local con 17%. En tercer lugar los conflictos laborales con 12.2%; y en cuarto lugar, los asuntos de gobierno nacional con 6.7%.”(Defensoría del Pueblo del Perú. Informe y Defensorial N° 156). “A diciembre de 2012, los conflictos socio ambientales ocuparon el 65.2% (148 casos) del total registrado. De ellos, el 70.9% (105)

corresponde a conflictos relacionados con la actividad minera. Le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas, con 16.2%”(Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República 2012). En el año 2013 los conflictos socioambientales ocupan el 65,9% (147 casos) del total de conflictos registrados en agosto (Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 114, agosto 2013). En el año 2014 Defensoría del Pueblo reportó 133 conflictos socioambientales activos y latentes registrados durante el mes julio (Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 125, julio 2014), por último con respecto al presente año tenemos el reporte correspondiente al mes de setiembre 143 conflictos socioambientales activos y latentes registrados, el 63,6% (91 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera.

e.- Conflictos socioambientales en el departamento de Puno

Casos en observación que pueden devenir en conflictos sociales según Defensoría del Pueblo.

Distrito de San Gabán, provincia de Carabaya. El 11 de junio de 2015 se produjo una protesta contra la empresa hidroeléctrica señalando que se está afectando el ambiente y que la empresa no cumple con otorgar puestos de trabajo y proyectos en favor de la comunidad.

Distrito Paratía, provincia de Lampa. Población del distrito de Paratía en la provincia de Lampa, solicita a la Empresa Ciemsa S.A. continuar las negociaciones para la nueva suscripción del convenio marco de responsabilidad social.

Comunidad de Ollachea, del distrito del mismo nombre en Carabaya. La comunidad de Ollachea ratificó mediante un comunicado, que asumirá medidas de lucha contra el proyecto minero Ollachea, de la compañía minera Kuri Kullu

S.A, propiedad de Minera IRL. Los comuneros piden que se retire al presidente ejecutivo de Minera IRL y piden que se reconozca al actual CEO (director ejecutivo) interino, Diego Benavides, como integrante del directorio, ya que éste fue promotor de la inclusión de la comunidad como socia accionista en el proyecto.

Distritos de Cupi, Llalli, Umachiri, Ayaviri provincia de Melgar. Pobladores de los distritos afectados han realizado acciones de protesta en rechazo a la contaminación ambiental que estaría generando la empresa Aruntani S.A.C. y otros. Mediante el oficio N° 502-2015-MDU/A, del 23 de septiembre de 2015, ingresado por mesa de partes el 24 de septiembre al Ministerio de Energía y Minas con registro N° 2537883, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Umachiri solicita el cierre definitivo de la Mina Aruntani S.A.C. (Defensoria del Pueblo, 2015)

f.- Detalle de los conflictos latentes en Puno según Defensoria del Pueblo.

Distrito de Ocuvi, provincia de Lampa, los pobladores del distrito de Ocuvi provincia de Lampa, acusan a la empresa minera Arasi S.A.C. de causar la muerte de truchas en el río Chacapalca ocurrida los días 13 y 14 de julio de 2013 y exigen la presencia de autoridades competentes.

Distrito de Antauta, provincia de Melgar. Distrito de Ajoyani, provincia de Carabaya. El Comité de Lucha del distrito de Antauta y pobladores del distrito de Ajoyani solicitan a la empresa minera Minsur S.A. compense los daños generados y la firma de un convenio marco de desarrollo a favor de la población, así como proyectos de agua y empleo local.

Comunidades campesinas de Santa Cruz y Huacoto, distrito Orurillo, provincia Melgar. Los pobladores del distrito de Orurillo, en Asamblea Popular de fecha 7 de junio de 2011 dieron a conocer su rechazo hacia las actividades mineras de la empresa minera Ciemsa La Poderosa en la zona y otras empresas mineras, en tanto no ha habido procesos de consulta.

Comunidad Untuca, Distrito de Quiaca, provincia de Sandia. Pobladores de la comunidad Untuca exigen se modifique la transacción extrajudicial firmada entre la comunidad Untuca y la empresa minera Cartagena (ahora Cori Puno) por lo que la empresa y la comunidad han sostenido varias reuniones a fin de negociar la modificación de la transacción extrajudicial. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo (Defensoria del Pueblo, 2015)

En definitiva, el origen de los conflictos entre el Estado, las empresas y los pueblos indígenas y originarios por temática socio ambiental, radica principalmente en la ausencia de la participación y consulta a los pueblos en la toma de decisiones; las que son percibidas como lesivas a la vida y cultura de las comunidades.

f.- Caso Moquegua e Ilo- nivel de aceptación

Las municipalidades del Departamento de Moquegua, sustentan su presupuesto principalmente con los ingresos provenientes del Canon Minero, recursos que dependen del volumen que se extraiga de los yacimientos mineros del departamento y de su fluctuante cotización internacional. Se puede explicar que el nivel de aceptación se debe a la elevada participación del canon minero.

Sin embargo el nivel de aceptación se disminuye, ya que la Defensoria del Pueblo detectó el caso: “Autoridades regionales, locales, agricultores, representantes del Frente de Defensa del Distrito de Torata y organizaciones sociales de Moquegua reclaman

a la empresa Southern Perú Copper Corporation (SPCC) compensación por los impactos ambientales generados por la explotación de yacimientos, entre ellos Cuajone.

Ubicación: Distrito de Torata, provincia de Mariscal Nieto y provincia de Ilo, región Moquegua.

Actores primarios: Gobierno Regional de Moquegua (GORE Moquegua), municipalidades provinciales de Ilo y Mariscal Nieto, Municipalidad Distrital de Torata,

El presidente ejecutivo de la empresa SPCC informó, en la 32 Convención Minera PERUMIN, que la compañía minera participará, a través del mecanismo de obras por impuestos, en la construcción de tres Colegios de Alto Rendimiento (COER) en los departamentos de Moquegua, Tacna y en el distrito de Majes en la región Arequipa.

También mencionó el proyecto "TIC Moquegua" con el cual se están implementando con aulas interactivas a doscientas setenta instituciones educativas de las provincias Ilo, Mariscal Nieto y Sánchez Cerro. (Defensoría del Pueblo, 2015)

2.2.2.- CONSULTA PREVIA

Sobre consulta previa tenemos las siguientes definiciones.

De manera general y aproximada podemos definir el derecho a la Consulta Previa, como aquella facultad que tienen los Pueblos Indígenas para que, dentro de un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura. Dentro de este marco, los Pueblos Indígenas podrán expresar su

consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las propias opciones de desarrollo de los Pueblos Indígenas, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos. (Handersson Bady Casafranca Valencia, 2011)

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

Ubicando a la Consulta dentro de un proceso de diálogo, ésta no puede circunscribirse a actos de naturaleza electoral, es decir la Consulta no busca determinar mayorías y minorías, sino más bien consensos (acuerdos o consentimiento). Por lo que, procesalmente la consulta podría definirse como el conjunto de actos previos, a una medida estatal, que el gobierno promueve con el objeto de lograr el consentimiento de los Pueblos Indígenas o llegar a un acuerdo sobre la aplicación de dicha medida.

2.2.2.1.- MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA

a.- Constitución Política del Perú

Si revisamos nuestra Constitución veremos que el Derecho a la Consulta no ha sido recogido de forma expresa, en el artículo 31 de nuestra Carta Política que recoge el derecho a la participación política. En efecto, al reconocer el derecho a la participación, nuestro constituyente ha reconocido un catálogo cerrado de derechos que permiten el ejercicio del derecho a participación política. “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho

de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.” (Constitucion Política del Perú , 1993)

Otro tanto se puede decir del artículo 2 inciso 17 de la Constitución, en el sentido que estamos ante una norma que define una lista cerrada: “Toda persona tiene derecho, a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.” (Constitucion Política del Perú , 1993)

No obstante ello, en el capítulo XIII referido al Sistema Electoral del Título IV de la Estructura del Estado de la Constitución, se reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares en varias disposiciones. Por ejemplo, el artículo 176 que es la norma general sobre el sistema electoral, luego de reconocer que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, reconoce que éste tiene por funciones básicas la ejecución entre otros procesos de las consultas populares.

“El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas

por votación directa. Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares.” (Constitucion Política del Perú , 1993)

b.- Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y su Reglamento DS. N° 001-2012-MC

En la ley N° 29785 en su Artículo 2. Define el Derecho a la consulta de la siguiente manera:

“Es el derecho de los pueblos indígenas y originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos...” (Ley de consulta previa, 2011)

De la misma manera en el Artículo 6° del Reglamento DS. N° 001-2012-MC.

Consulta previa,

“...es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3°, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.” (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

c.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional del Perú en su jurisprudencia señala sobre consulta previa lo siguiente:

La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

2.2.2.2.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE CONSULTA

PREVIA

a.- Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

En el referido convenio en el Art. 6, inc.1, literal “a”, menciona: “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. De la misma forma el inciso 2 de dicho artículo señala que; “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las

circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (Convenio 169, 1989)

Así también el Artículo 7, inc. 1, estipula que:

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

(Convenio 169, 1989)

b.- Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Derecho a la Consulta también ha sido recogido en el artículo 32, inciso 2, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

c.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Sobre consulta previa encontramos dos pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.” (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

Incluso la CIDH va más allá y habla de la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trata de planes de desarrollo o de inversiones a gran escala:

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos,

según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre «consulta» y «consentimiento» en este contexto requiere de mayor análisis. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

2.2.2.3.- ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

Para la realización de la consulta, la entidad promotora deberá cumplir las siete etapas estipuladas en la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y su Reglamento DS. N° 001-2012-MC:

1.- Identificación de las medidas objeto de la consulta.- Es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean les afecte directamente.

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes. (Ley de consulta previa, 2011)

Se refiere a la tarea que tienen las entidades promotoras de identificar aquellas medidas administrativas o legislativas que de ser aprobadas pueden afectar de manera positiva o negativa los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Si como resultado de esta etapa se concluye que si se aprueba la medida se va a producir dicha afectación, ya sea positiva o negativa, entonces se da paso a la consulta previa. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y no tiene un plazo definido.

2.- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.- La entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar. “La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.” (Ley de consulta previa, 2011)

Consiste en identificar al sujeto del derecho a la consulta previa. Es decir, si la población que podría verse afectada por la aprobación de la medida es un colectivo que además es o pertenece a un pueblo indígena u originario. En este punto se debe tomar en cuenta que la consulta previa aplica en los casos en que se estén afectando los derechos colectivos de estos pueblos.

El sujeto de derecho a la consulta previa debe cumplir con lo siguiente: Ser un colectivo (ejercer derechos colectivos), Formar parte o ser un pueblo indígena u originario, Estar en el ámbito de la medida (sus derechos colectivos podrían verse afectados).

La identificación de los pueblos indígenas u originarios es una tarea que está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido. La identificación se realiza sobre la base de los criterios de identificación que desarrolla la normativa nacional e internacional vigente

3.- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.- Las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla en conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.

“Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan”. (Ley de consulta previa, 2011)

Consiste en la difusión de la medida y del Plan de Consulta. Para ello deben entregarse la Propuesta de la medida a consultar y el Plan de Consulta a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios. Estos documentos, y el acto de entrega, deben ser publicados en el portal web de la entidad promotora. Es partir de este momento que se contabiliza el plazo de inicio del proceso de consulta previa. Esta etapa también está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido.

4.- Información sobre la medida legislativa o administrativa.- La entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.

“Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”. (Ley de consulta previa, 2011)

Esta etapa tiene como objetivo el conocimiento y la comprensión de la medida legislativa o administrativa a consultar por parte de los pueblos indígenas u originarios, de manera que estos tengan a la mano todos los elementos para realizar un análisis de la medida. Es así que la entidad promotora tiene como tarea informar a las organizaciones y representantes de los pueblos sobre los motivos, implicancias, afectaciones, impactos y consecuencias que tendría la medida. Cabe mencionar que la información proporcionada debe ser culturalmente adecuada, por lo que debe considerar, por ejemplo, el idioma, la geografía y el ambiente en el que se desenvuelven estos pueblos, entre otros aspectos

Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y debe realizarse en un plazo de entre 30 y 60 días calendario.

5.- Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.- Los representantes de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que ésta tiene en relación con sus derechos.

“Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de

la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos”. (Ley de consulta previa, 2011)

Consiste en el proceso de evaluación y análisis que realizan los pueblos indígenas u originarios acerca de los alcances, incidencias, afectaciones e impactos que la medida administrativa o legislativa pueda ocasionar sobre sus derechos colectivos.

Este proceso está a cargo de los pueblos consultados y debe tener una duración máxima de 30 días calendario. El proceso terminará con la entrega de los Resultados de la evaluación interna a la entidad promotora. En este caso, la tarea de la entidad promotora es brindar apoyo logístico a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios para que lleven a cabo esta etapa.

6.- Proceso de diálogo intercultural.- Se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen; todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.

El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo. (Ley de consulta previa, 2011)

En esta etapa se concreta el diálogo entre la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios a través de sus representantes acreditados. El objetivo es la

búsqueda de consensos sobre aquellos aspectos de la medida que susciten diferencias respecto a las posiciones de los pueblos indígenas u originarios. El diálogo culmina con un Acta de Consulta, el cual incluye los acuerdos, desacuerdos, actos u ocurrencias del proceso. Los acuerdos a los que se llegue en esta etapa son de cumplimiento obligatorio para las partes.

Esta etapa cuenta con la participación de la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios, teniendo una duración máxima de 30 días calendario.

7.- Decisión.- Finalmente, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente; sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes, el mismo tiene que ser de carácter obligatorio para ambas partes.

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno

desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial. (Ley de consulta previa, 2011)

Se trata de la etapa en la cual la entidad promotora toma la decisión final respecto a la medida que ha sido consultada. Esta decisión debe respetar los acuerdos resultantes del proceso de consulta previa. En el caso de no tener acuerdos, la entidad promotora debe tomar la decisión sobre la base de una motivación que garantice el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Una vez que la entidad promotora toma la decisión final, esta debe elaborar el Informe final sobre el proceso de consulta y enviarlo a los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios que fueron parte del proceso. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido.

Este es, a grandes rasgos, el procedimiento de la consulta previa. Cabe destacar que en todo momento se debe tener en cuenta la diversidad cultural y, por ende, lingüística de los pueblos indígenas; por ello, estos procesos deben contar con el apoyo de intérpretes.

2.2.2.4.- ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA

El único proceso de consulta que se llevó adelante es la consulta del Lote 192(ex Lote 1AB), los demás fueron rechazados o no se dice nada; como por ejemplo el consulta de Lote 156, 116, 31B y 31D, 1AB (192), actualmente el Proyecto de Hidrovía Amazónica está en proceso de consulta.

Por otra parte cabe recordar el anuncio sobre consulta previa a las comunidades campesinas Trapiche y Cajón Huyo, del distrito de Ananea, provincia de San Antonio de Putina en la región Puno, en el comunicado señalaron que serían partícipes del proceso de consulta previa por la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) para que las

comunidades campesinas antes referidas puedan decidir el futuro del proyecto minero CHIQUITOSA-A, para que inicie sus labores de explotación en la zona, sin embargo hasta la fecha no hay ningún comunicado oficial sobre el inicio del proceso de consulta.

2.3.- ANTECEDENTES

Se ha tomado como antecedente los estudios sobre la Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas del autor Juan Carlos Ruiz Molleda, el mismo que plantea lo siguiente:

Los derechos fundamentales y los derechos constitucionales gozan hoy día de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico y de los diferentes actores del sistema de justicia. El desafío y el reto están en poder escuchar las demandas de los pueblos indígenas, poder en ellos identificar los derechos fundamentales en juego, poder encontrar la fuente normativa que los recoge, y luego exigirlos. Se trata en concreto de un esfuerzo por reconducir los derechos de los pueblos indígenas en clave de derechos fundamentales, en clave de derechos constitucionales, pues ellos tienen vigencia y legitimidad. Todo ello con el objeto de exigirlos judicialmente. (Molleda J. R., 2011)

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval (2013), en su tesis para optar el título de magister de la Universidad Mayor de San Marcos-Lima “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú”, en el cual precisa que el objeto de la consulta previa es permitir al Estado saber si los Pueblos Indígenas se ven afectados y en qué medida, de tal forma que se puedan corregir las situaciones que provocan el perjuicio a dichos Pueblos; asimismo señala que por su propia naturaleza la Consulta Previa debe ser continua, es decir empezar antes de aprobarse el programa o proyecto de hidrocarburos, antes de

suscribir las autorizaciones y continuar en las etapas siguientes de esta actividad.
(Sandoval, 2013)

No obstante en la actualidad no se tiene una investigación sobre la normatividad nacional e internacional sobre la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su aplicabilidad en Perú, salvo el trabajo de investigación realizada en Colombia por Alejandra Vega Rodríguez, sobre consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: análisis y propuesta de legislación, quien en su trabajo concluyo.

“El derecho a la consulta previa se ha convertido en un tema de estudio de académicos y organizaciones de la sociedad civil y esto, junto con la lucha de los Pueblos Indígenas y Tribales ha traído como consecuencia que existan ya numerosos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y que se haya convertido en un tema de debate”. (Rodríguez, 2012)

Así también tenemos el trabajo de investigación realizada en Ecuador por Alvin Antuash Tsenkush, sobre La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazónico del Ecuador, quien en su trabajo concluyo “que la consulta sea libre, es decir que no exista engaños, coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios y las tácticas de (dividir para conquistar). Significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o de represalias implícitas si la decisión final es un (no)”. (Antuash, 2009)

2.4.- HIPÓTESIS

2.4.1.- HIPÓTESIS PRINCIPAL

Débil conocimiento y aplicación del Marco Normativo Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios

2.4.2.- HIPÓTESIS SECUNDARIAS

Débil protección del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios en la Legislación Nacional e Internacional.

Ineficacia en la aplicación en los instrumentos legales sobre pueblos indígenas vigentes en el Perú e Internacional

2.5. - OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES A SER ANALIZADAS:

Normas nacionales e internacionales sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, y doctrina jurídica referida al tema.

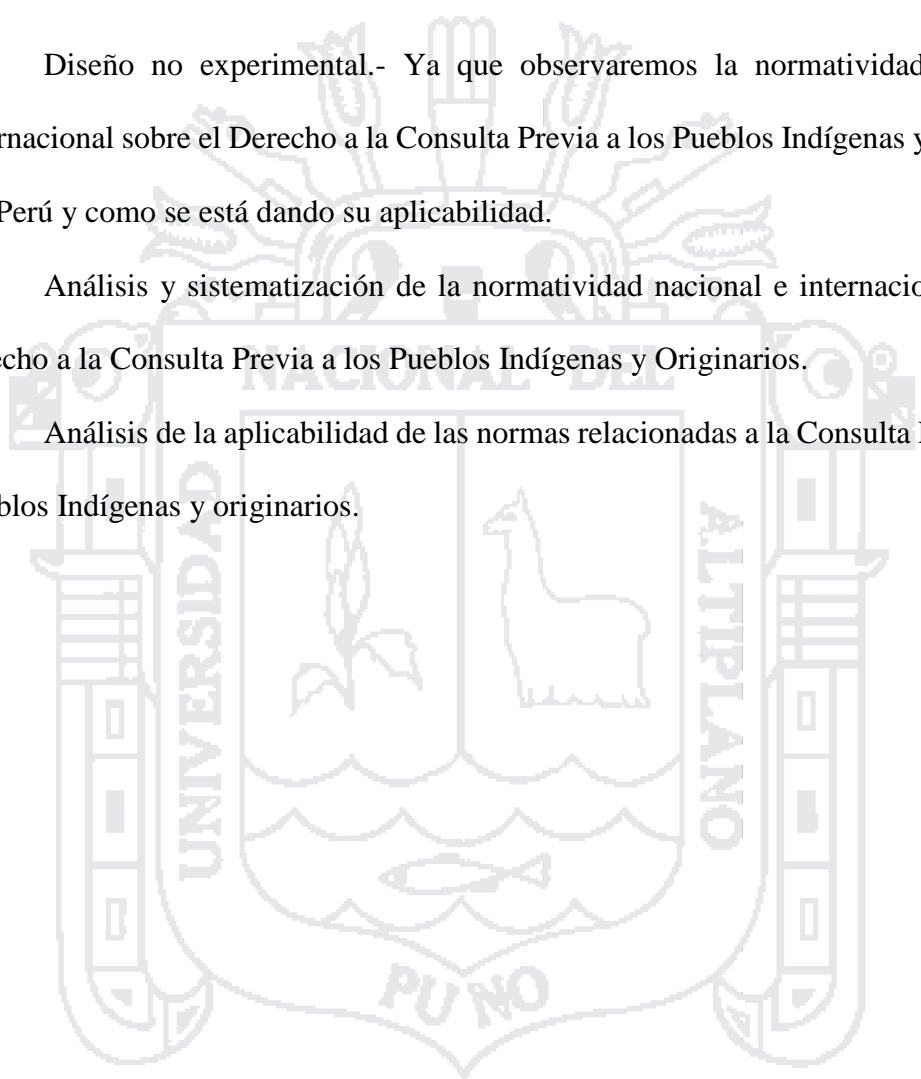
Variables	Dimensión.	Indicadores.	Categoría	Instrumento
1.- Normatividad internacional y nacional de la consulta previa.	Social y Doctrinal.	Derechos Indígena. Derechos de los ciudadanos. Deberes del Estado.	Estructura de la Constitución y normas pertinente.	Ficha de observación.
2.- Cumplimiento de la aplicación de las normas nacionales e internacionales sobre consulta previa.	Jurisprudencia Constitucional.	Verificación de Derechos de los pueblos indígenas.	Parte Práctica y Exegética	Ficha de Observación.
3.- Conflictos sociales por el incumplimiento de la Ley de consulta previa.	Socio – Ambiental.	Verificación Número de conflictos activos y latentes	Parte practica	Ficha de Observación.

4.- Planteamientos de alternativas de solución.	Acciones positivas.	Factibilidad de aplicación de normas. .	Propuesta de solución.	Ficha de Observación.

Diseño no experimental.- Ya que observaremos la normatividad nacional e internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios del Perú y como se está dando su aplicabilidad.

Análisis y sistematización de la normatividad nacional e internacional sobre el derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios.

Análisis de la aplicabilidad de las normas relacionadas a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y originarios.



CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. - METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Sobre la adopción de un método de investigación respecto a sistemas y modelos políticos debe tomarse en cuenta que fundamentalmente se ha escogido el tipo de tesis.

3.1.1.- ENFOQUE CUALITATIVO

En su función explicativa el estudio de sistemas políticos o sistemas de derecho se resuelve en una tipología o en una clasificación de diversos tipos de Constitución, es decir, los tipos cómo se presentan en la experiencia histórica. Allí se enmarca las normas de carácter internacional que tienen el mismo rango de la Constitución, dentro de ellas están el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Indígenas y la Consulta Previa.

Mientras que en su función prescriptiva, el investigador no solo conoce fielmente la esencia del contenido de su objeto de estudio, sino emite un juicio de valor aspirando a modificarla con el objeto de hacerla útil y dinámica para la sociedad.

El tema a desarrollar se encuentra dentro del ámbito del Derecho Constitucional, específicamente dentro de la teoría del Estado y la teoría constitucional.

Lo que se pretende no es solamente un estudio histórico o explicativo, sino una investigación prescriptiva que lleve consigo en todo momento un juicio de valor sobre las categorías jurídico-constitucionales de la normatividad nacional e internacional. Si se

considera la sociedad política como la forma más idónea y vinculadora de organización de la vida colectiva, el método que el investigador social debe seguir, tomando en cuenta la existencia de muchas maneras de dar forma un sistema jurídico-constitucional, según el contexto histórico o espíritu ideológico del sistema a proponer.

En el aspecto teórico, el método patrón a seguir durante la presente investigación será el METODO CUALITATIVO, es decir, se realizará un análisis de los sistemas de derecho y tipos constitucionales del sistema comparado para concluir en la forma y modelo de Estado más próximo a la realidad nacional. Paralelamente, en el diagnóstico de la situación social y político de la realidad social se empleará el METODO EXEGETICO, es decir, se estudiará la realidad social del Perú, tomando como referencia las provincias del interior del país, utilizando criterios de interés poblacional y económico, de la conclusión se tratará de elaborar un proyecto de estructura político y social del nuevo Estado.

3.2.- ÁMBITO O LUGAR DE ESTUDIO

La investigación se encuentra circunscrita geográficamente en Perú.

3.3.- UNIVERSO Y MUESTRA

El universo de la Investigación abarca a la Normatividad Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios.

No existe delimitación geográfica porque se refiere a todo el Perú.

3.4.- DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS POR OBJETIVOS ESPECÍFICOS

3.4.1.- DEDUCTIVO

Por qué se caracteriza de un razonamiento que parte de un conocimiento general en este caso la Normatividad Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios para así derivar en varias proposiciones que

generalmente son singulares o particulares, para esclarecer y tener un conocimiento minucioso del tema.

3.4.2. -DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS POR OBJETIVOS

Para el Objetivo General: Se utilizará el método cualitativo, analítico- dogmático.

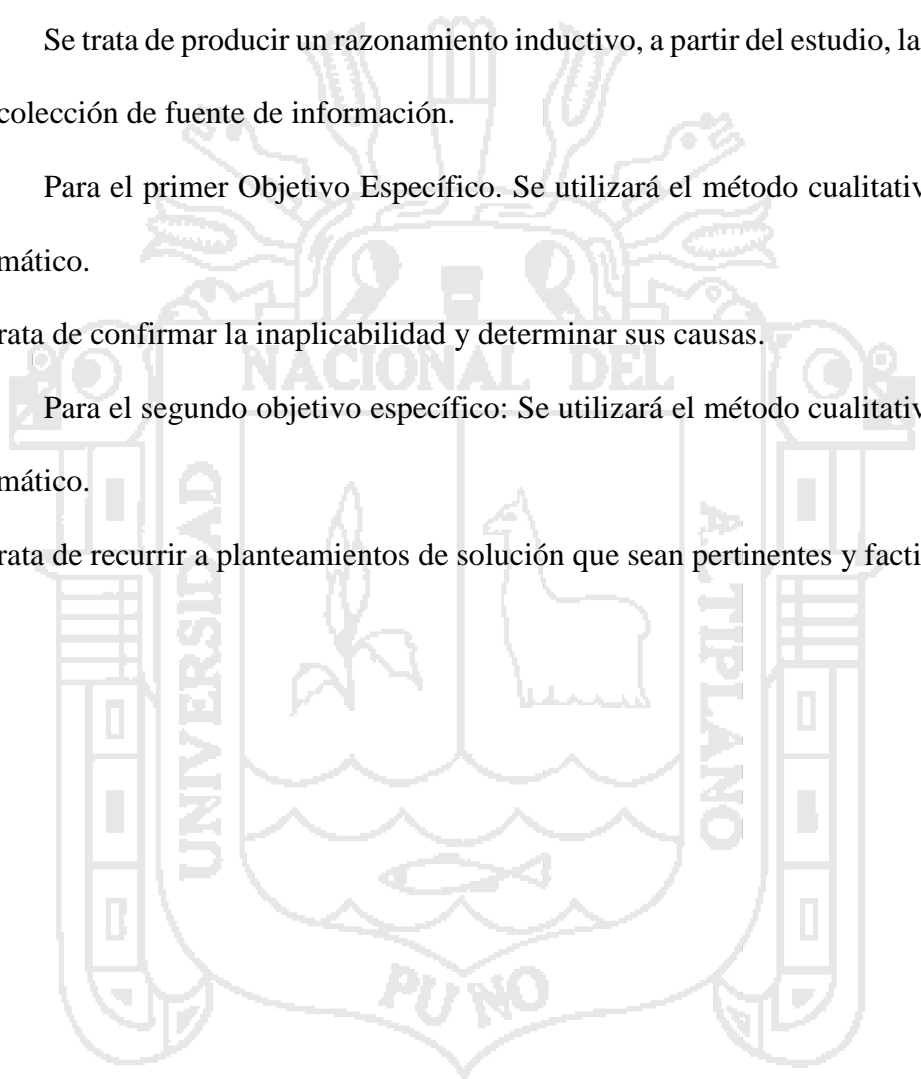
Se trata de producir un razonamiento inductivo, a partir del estudio, la observación y recolección de fuente de información.

Para el primer Objetivo Específico. Se utilizará el método cualitativo, analítico- dogmático.

Se trata de confirmar la inaplicabilidad y determinar sus causas.

Para el segundo objetivo específico: Se utilizará el método cualitativo, analítico- dogmático.

Se trata de recurrir a planteamientos de solución que sean pertinentes y factibles.



CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y RESULTADOS.

En este capítulo se presentan los resultados de la investigación realizada y su respectivo análisis e interpretación, las mismas que están organizados en tres partes. La primera parte trata sobre resultados de la Consulta previa contenidos en dos subtítulos a) principios, finalidad, sujetos, procedimientos, etapas, y los estándares internacionales de la consulta previa. La segunda se refiere a la aplicabilidad y conflictos sociales. Contenidas en los sub títulos a) Caso Cajón Huyo, Hidro Vías b) evolución de los conflictos 2005 – 2015.

4.1.- EVALUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS Y CONVENCIONALIDAD DE LA LEY 29785

Para la presente evaluación de ley materia de investigación es necesario explicar los alcances y la jurisprudencia desarrollada al respecto y se hace bajo el amparo de Código Procesal Constitucional artículo V, establece que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
(Código Procesal Constitucional, 2004)

Rango constitucional de las fuentes de derecho en materia de derecho a la consulta previa:

Es necesario describir el peso, fuerza o rango constitucional que tienen las fuentes de derecho en materia de derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, Tribunal Constitucional expresa de la siguiente manera:

El contenido constitucional de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos para la Ley Fundamental no solo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Sentencia N° 4587-2004-AA/TC, 2005)

Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional.

Los tratados de Derechos Humanos sobre el rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional: es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a este, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pesa no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido

límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución". (STC N° 00025-2005-PI/TC y 00025-2005- PI/TC, 2006)

La fuerza de las sentencias de la Corte IDH, tienen en consecuencia según el Tribunal Constitucional, tal como ha establecido en su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. (Sentencia N° 00007-2007-PI/TC, 2007)

Entonces el Convenio 169 de la OIT, habiéndose aprobado su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación para todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

La aplicación directa e inmediata del derecho internacional de los derechos humanos de acuerdo a la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional. "Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no solo encuentran un asidero claramente

constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”. (Sentencia Exp. N° 02798-2004-HC/TC, 2004).

4.2.- EVALUACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

4.2.1. - DERECHO A LA CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta

En su Artículo 2 señala sobre el Derecho a la consulta lo siguiente;

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT

En el Convenio en el Artículo 6 señala sobre el derecho a la consulta previa; al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;[...] 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. (Convenio 169, 1989)

c.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Señala en el Artículo 19 que, “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

Así mismo en el Artículo 32, inciso 2 indica;

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

d.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En la sentencia 00022-2009-PI se establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas para el Tribunal Constitucional;

Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de

plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

También el Tribunal señala la consulta como un derecho colectivo: “El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del convenio 169 de la OIT”. (Sentencia N° 00025-2009-PI/TC, 2011)

El tribunal fundamenta el derecho a la consulta: “esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser concretización también del artículo de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículo 6 y 7 del Convenio 169”. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

e.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La corte señala que las medidas administrativas y legislativas, deben ser consultadas según sus usos y costumbres para conseguir el consentimiento, señala de la siguiente forma:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar

su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia”.

(Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

La corte aclara, la consulta es obligación del Estado no de las empresas.

Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta (...). Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera”. (Sentencia Sarayaku, 2012)

f.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

En el Artículo 6° del reglamento señala sobre la Consulta previa y recursos naturales.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3°, inciso i) del

Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso”. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

En la Séptima disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento, indica sobre las Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas;

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

- a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
 - b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.
- (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

En la Décima disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento Señala sobre Participación en los beneficios;

Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.
(Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

Es quizá una de las normas centrales de la ley de consulta previa en la medida en que precisa el contenido del derecho a la consulta previa en su artículo 2. La disposición retoma el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. En efecto, el legislador precisa que la consulta procederá cuando se afecten los derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, olvidando los demás derechos colectivos que le pertenece a los pueblos indígenas.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no restringe a los derechos colectivos. Lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas. Sin embargo, el artículo 2 restringe la consulta a los derechos colectivos.

A continuación anotaremos las opiniones de los doctrinarios sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios.

Para Ruiz Molleda; “Es el derecho que tienen [los pueblos indígenas] a que el Gobierno les consulte antes de tomar una decisión que les pueda afectar directamente. La decisión que deberá ser consultada puede ser de dos clases: administrativa o legislativa. Será una decisión administrativa, por ejemplo, el

otorgamiento de una concesión minera o petrolera. Una decisión legislativa puede ser una ley, un decreto supremo, una ordenanza regional o municipal. (Molleda J. C., En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Guía para los periodistas., 2011)

Así mismo para Beatriz Merino ; “Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones referentes a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración su especial relación existente con la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”, según se dispone en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.” (Beatriz, 2013)

4.2.2. - FINALIDAD DE LA CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta

En el Artículo 3. Señala sobre la Finalidad de la consulta, como diálogo intercultural para alcanzar a un acuerdo o consentimiento:

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio 169 OIT

También en Artículo 6 inciso 2 del convenio menciona la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento:

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.
(Ley de consulta previa, 2011)

c.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La declaración en su Artículo 32 inciso 2 menciona que los estados celebran consultas fin de obtener su consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas antes de aprobar cualquier proyecto:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

d.- Tribunal Constitucional

El Tribunal señala; La finalidad de la consulta es alcanzar a acuerdo:

Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo inter- cultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de

obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

e.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La finalidad de la consulta según Corte Interamericana es llegar a un acuerdo:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. (caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname, 2007)

f.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

En la Séptima disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento señala sobre, Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas:

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II

del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

(Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

El artículo 3 de la Ley de Consulta Previa recoge lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, objetivamente introduce una precisión, y es la referencia a que el proceso de diálogo busca proteger los derechos colectivos. Esta restricción puede ser peligrosa pues el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la DNUDPI no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas.

Además el mismo artículo comparado plantea dos escenarios. Uno es que los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado. El otro escenario es en el que el Estado y los pueblos indígenas, luego de un intenso y prolongado diálogo se

ponen de acuerdo, lo cual implica múltiples concesiones mutuas. Consideramos que este segundo escenario será en nuestra opinión el más recurrente en la realidad.

Esta norma no reconoce la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá de lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar.

Según los doctrinarios la finalidad de la consulta es:

Para Merino-Lanegra, finalidad de la consulta es; “Tal como se indica en el Convenio N° 169, la finalidad es obtener un acuerdo o consentimiento. En caso de llegar a un acuerdo, sea parcial o total este será vinculante para las partes.” (Beatriz, 2013)

Para Ruiz Molleda la finalidad de la consulta es:

La finalidad de la consulta fue desnaturalizada por normas que esta ley intenta resucitar en la segunda disposición complementaria final para las concesiones mineras y petroleras anteriores a su promulgación. No se trata de un antecedente o de una norma pasada, estas normas siguen vigentes. En efecto, nos referimos al Decreto Supremo N° 028-2008-EM, a la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM y al Decreto Supremo N° 012-2008-MEM, que reglamentaron la participación ciudadana en el sector minero e hidrocarburos. Ellas son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT pues desnaturalizan la finalidad de la consulta, cuando establecen que la función de la consulta es conocer si los intereses de los pueblos indígenas que habitan las zonas serán afectados. Ello ocasiona que en los hechos los procesos de consulta se transforman en talleres informativos. (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.3.- PRINCIPIOS

a.- Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional reconoce varios principios que orientan la realización de la Consulta Previa:

Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

b.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La inobservancia del contenido esencial o principios del derecho a la consulta genera responsabilidad internacional:

De la inobservancia de los principios que definen el contenido esencial del deber de consultar resulta el surgimiento de responsabilidad internacional en cabeza del Estado. De hecho, en el caso Saramaka, la falta de aplicación del deber de consulta y de otras garantías conexas fue el principal argumento de la Corte Interamericana para llegar a concluir que había habido una violación del derecho de propiedad de

dicho pueblo y determinar las correspondientes reparaciones. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

c.- Ley General de Comunidades Campesinas

En el Artículo 3 menciona sobre las Comunidades Campesinas en el desarrollo de su vida institucional se rigen por los principios siguientes; “ a) Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros; b) Defensa de los intereses comunes; c) Participación plena en la vida comunal; d) Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros; y, e) La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.” (Ley general de comunidades campesinas, 1987)

Análisis

En la Ley del Derecho a la Consulta no se han recogido todos los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional. Este no solo desarrolla principios en materia de derecho a la consulta sino en otras materias referidas a los derechos de los pueblos indígenas.

4.2.3.1.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

En el Artículo 4. Señala sobre el principio de oportunidad como aquella consulta llevada de forma previa a la medida administrativa y legislativa; “ a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.” (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El convenio en el Artículo 6 menciona que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas; “al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus

instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;” (Convenio 169, 1989)

c.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el Artículo 32 inciso 2 señala que la consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a los pueblos indígenas;

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

d.- Tribunal Constitucional

Tribunal constitucional agrega el principio de implementación previa del proceso de consulta.

Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además

generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

e.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre el principio de oportunidad la Corte señala que se debe realizar la consulta en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión:

Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. (Sentencia Sarayaku, 2012)

Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. (caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname, 2007)

f.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

En la Décimo Tercera disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento indica que la consulta debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa:

Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

El principio de oportunidad analizado es muy importante. Ya que recoge una regla que el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo han desarrollado. El requisito de la oportunidad es un requerimiento que pone a prueba si existe una real intención de realizar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido.

4.2.3.2.- PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

En el Artículo 4. inciso b sobre el Principio de Interculturalidad nos dice la consulta debe llevarse adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas: “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Constitución Política del Perú 1993

Señala en el Artículo 2º inciso 19 que el Estado reconoce y protege la pluaralidad étnica y cultural, además todos tienen derecho a su identidad étnica y cultural;

Toda persona tiene derecho: [...], a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene

derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. (Constitucion Política del Perú , 1993)

También en el Artículo 89° sobre las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas:

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. (Constitucion Política del Perú , 1993)

c.- Convenio N° 169 OIT.

En el Quinto considerando del Convenio menciona mantener y fortalecer sus identidades y reconocer sus aspiraciones; “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (Convenio 169, 1989)

Así mismo el Artículo 5 menciona; “a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;” (Convenio 169, 1989)

También el Artículo 7 inciso 3 señala; “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que

las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (Convenio 169, 1989)

d.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el Artículo 16 inciso 2 señala que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

e.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Triunal Constitucional señala la consulta como un diálogo intercultural:

Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria

ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

f.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte señala que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados además el Estado tiene el deber de consultar según sus costumbres y tradiciones:

Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, así como tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. (Sentencia Sarayaku, 2012)

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

se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname, 2007)

g.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

En el Artículo 13° menciona que la consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural:

El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

h.- Ley General de Comunidades Campesinas

La Ley menciona en su Artículo 1 inciso “d” que el Estado, “Respeto y protege los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.” (Ley general de comunidades campesinas, 1987)

Análisis

No se ha precisado con claridad en qué consiste el principio de interculturalidad. Resulta urgente e indispensable que se precise los alcances de este principio pues constituye el fundamento de la ley de consulta.

Para comprender debemos diferenciarlo del principio de multiculturalidad. Este supone reconocer que todos somos iguales en dignidad y en derechos, al mismo tiempo somos distintos y tenemos derechos a ser distintos. Lo que caracteriza al multiculturalismo es el reconocimiento de esta pluralidad, y fundamentalmente del derecho que tiene cada cultura a ser diferente de los demás.

El interculturalismo parte del multiculturalismo, pero no se queda allí, va más allá, considera que estamos llamados a actuar o a interactuar respetuosamente para dialogar y aprender lo mejor de cada uno. Ello también exige de parte del Estado renunciar a su costumbre de imponer su voluntad a los que son diferentes, exigiendo en su lugar articular y armonizar estas diferentes experiencias culturales.

Para los doctrinarios interculturalidad es:

Ruiz Molleda dice, Sobre el principio de interculturalidad. Quizá una buena definición de este principio es el que Giménez denomina el principio de la interacción positiva. No es posible entender lo intercultural si antes no definimos lo multicultural o el multiculturalismo. Siguiendo a Giménez, lo esencial del multiculturalismo es reconocer la diferencia y respetarla como tal, el interculturalismo en cambio, quiere ir más allá y propugna no solo un acercamiento sino un dialogo y una interacción entre estas diferentes experiencias culturales, no para mezclarse y confundirse, sino para enriquecerse y complementarse, para aprender unos de otros, sabiendo que todos tienen su

espacio y su propia singularidad. Añade este autor que, “La contribución genuina del interculturalismo se encuentra, en aquel hueco o vacío dejado por el multiculturalismo. Dicho de otra forma, su aportación específica está en su énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados”. Para él, el núcleo de la novedad interculturalista se halla en proponer algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia, principios éstos ya asumidos en el ideario pluralista. En otras palabras, el multiculturalismo se contenta con la constatación que somos diferentes y punto, mientras que el interculturalismo, da un paso más allá y propone la interrelación, pues aspira a una noción de complementariedad en el fondo. (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.3.3.- PRINCIPIO DE BUENA FE

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

En el Artículo 4 inciso “c” sobre el Principio Buena fe señala que el Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe:

Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 6 inciso 2 indica, “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”. (Convenio 169, 1989)

c.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el Artículo 32 inciso 2 menciona que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

Así también el Artículo 19 indica; “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

d.- Tribunal Constitucional

El principio constitucional de buena fe de la consulta previa, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado:

Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa; 2) la consulta en sentido estricto; y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

e.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte menciona el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros:

Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes

o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe”. (Sentencia Sarayaku, 2012)

Además la Corte agrega, Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. (caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname, 2007)

f.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 30 sobre Deberes del funcionario público en el proceso de consulta, menciona que los funcionarios deben actuar en el marco del principio de Buena Fe: “Los funcionarios y funcionarias públicos que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo

establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe.”

(Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

La Ley de Consulta desarrolla sin lugar a dudas el principio más importante del derecho a la consulta, y que le exige al Estado una verdadera actitud y voluntad de dialogar con los pueblos indígenas. Esto choca frontalmente con la percepción del Estado y de las empresas de ver a la consulta como un mero trámite o requisito a superar antes de iniciar las actividades extractivas.

La norma establece varios mandatos al Estado. En primer lugar le exige que analice y valore la posición de los pueblos indígenas. Esto implica en buena cuenta tomarse en serio la opinión de estos, interesarse y escuchar lo que ellos proponen. El segundo mandato es que las partes realicen el proceso en un clima de confianza, colaboración y un clima de respeto mutuo. Esto plantea exigencias muy concretas al Estado, y que no serán fáciles de implementar toda vez que será necesario remontar un clima de desconfianza, consecuencia de un estilo de tomar decisiones de espaldas a los pueblos indígenas. Si bien los pueblos indígenas demandan al Estado buena fe, es por la asimetría de poder.

Para los doctrinarios el principio de buena fe:

Sobre buena fe Ruiz Molleda señala, “Intentar homologar talleres participativos por consulta previa revela mala fe y acarrea la nulidad de los pseudo procesos de consulta. Según el propio TC “el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta”. Añade que el principio de buena fe, debe ser comprendido como “aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o

expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta” (STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 27). Al ser este principio un elemento de contenido constitucional protegido (00022-2009-PI/TC, f.j. 37), su violación, trae como consecuencia, el vicio de cualquier presunto proceso de consulta. Basta con solo este argumento para declarar nulos cualquier intento de hacer pasar talleres informativos por procesos de consulta previa. (Molleda J. C., Guía del litigio constitucional , 2013)

4.2.3.4.- PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 4 inciso “d” sobre el principio de Flexibilidad indica que las consultas deben realizarse tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas; “La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.” (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Convenio en su Artículo 6 inciso 2 menciona que la consulta debe llevarse de una manera apropiada a las circunstancias; “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”. (Convenio 169, 1989)

Así mismo el Artículo 34 indica; “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. (Convenio 169, 1989)

c.- Tribunal Constitucional

Según el Tribunal Constitucional el principio constitucional de la flexibilidad, entra a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación:

Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias [...] De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

d.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte señala que los Estados tomen en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales de los pueblos indígenas; “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” (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

e.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

La Octava disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento, sobre Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia, señala; “En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento.” (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

El principio descrito en la Ley de Consulta es una respuesta a un hecho objetivo y es el pluralismo cultural de nuestro país. No hay dos pueblos indígenas idénticos. Cada uno de ellos tiene su propia especificidad, su propia singularidad desarrollada a través de años y cuya identidad se sigue recreando y reinventándose. Es por ello que no podemos hablar de fórmulas rígidas y de moldes aplicables a todos los casos. Ello podría desnaturalizar y violentar a los pueblos indígenas. Entonces a partir de algunos conceptos e instituciones debemos de idear respuestas flexibles. Esta flexibilidad no solo viene por el lado de la diferencia cultural de los pueblos indígenas sino también por el lado de las medidas a consultarse. Las medidas administrativas pueden variar unas de otras, igual las

medidas legislativas, y pueden afectar de diferentes maneras. Adicionalmente se debe tomar en cuenta las barreras geográficas. Todo ello exige entonces mirar y analizar con cuidado cada caso.

Para los doctrinarios el principio de flexibilidad

Flexibilidad para Merino-Lanegra; “Ni la Ley de Consulta Previa, ni su Reglamento, ni sus distintos instrumentos de aplicación pueden ser concebidos como herramientas culminadas. Todos son instrumentos jurídicos y de gestión que deben ser mejorados a partir de la experiencia que se obtenga en su implementación. Como ya sostuvimos, se desarrollará un mecanismo institucionalizado de evaluación y seguimiento permanente. Sin embargo, es crucial que la sociedad en su conjunto sea consciente de la absoluta novedad de este instrumento y de la necesidad de perfeccionar sus disposiciones, como respuesta natural tanto al tamaño del desafío como a una realidad extremadamente compleja, que siempre planteará nuevos retos. Esto demanda la vigencia plena del principio de flexibilidad, a fin de adaptar siempre las previsiones a la diversidad cultural que enriquece nuestro país.” (Beatriz, 2013)

4.2.3.5.- PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

En el Artículo 4 inciso “e” sobre los principios rectores del derecho a la consulta, señala que este principio permite a los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas:

Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas

concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

El plazo razonable como concreción del principio constitucional de buena fe, menciona que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar:

Así mismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

Análisis.

Esta norma guarda correspondencia con la anterior. Se trata de respetar los procesos de diálogo y no forzar la consulta. Lo razonable es en buena cuenta un concepto que en cada caso deberá ser precisado, dependiendo de la naturaleza de cada pueblo indígena y de la medida consultada. En ese sentido deberá interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio del plazo razonable. Se debe tener en cuenta que lo razonable deberá de interpretarse en función de la finalidad del proceso de consulta.

Para los doctrinarios el plazo razonable:

Comentarios de Ruiz Molleda:

Del plazo rígido al plazo razonable. El TC ha establecido en el fundamento 41 de la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, un conjunto de pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas.

En ese sentido ha precisado que se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha. Un buen ejemplo de cómo no deben ser las cosas, es el artículo 9 del Reglamento de consulta previa de las actividades minero energéticas, aprobado mediante D.S. 023-2011-EM. En él se puede apreciar cómo los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el “proceso” de consulta. Se establece que los pueblos indígenas tendrán 20 días hábiles luego de recibir la información para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas (art. 9.a). Luego se tendrán 20 días hábiles para el proceso de diálogo con el Estado. Se trata de plazos sumamente rígidos y estrechos que en los hechos anulan el proceso de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC “que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran.” (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.3.6.- PRINCIPIO DE AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 4 inciso “f” sobre el principio de ausencia de coacción o condicionamiento señala lo siguiente; “Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.” (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 3 inciso 2 señala; “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.” (Convenio 169, 1989)

Así mismo el Artículo 18 menciona; “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” (Convenio 169, 1989)

c.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Artículo 8 menciona; “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

d.- Tribunal Constitucional

Para el Tribunal Constitucional la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla:

En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier Proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de

participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

e.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La corte menciona que no se cumple con estándares internacionales con desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades:

En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe. (Sentencia Sarayaku, 2012)

Asi también la Corte señala que se vulnera este principio al ofrecer beneficios económicos para lograr el consentimiento y conseguir firmas de los representantes de indígenas por medios fraudulentos:

Por otro lado, los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades. La compañía CGC se limitó a ofrecer dinero y diversos beneficios económicos al Pueblo Sarayaku (así como lo hizo con otras comunidades de la zona, supra párrs. 73 a 75, 82 y 84), con la finalidad de obtener su consentimiento para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que existirían en su territorio, sin que el Estado emprendiera o supervisara un proceso sistemático y flexible de participación y diálogo con la misma. Además, según fue alegado y no controvertido por el Estado, la compañía CGC se habría valido de procedimientos fraudulentos para la obtención de firmas de apoyo por parte de miembros de la comunidad de Sarayaku. (Sentencia Sarayaku, 2012)

En la doctrina el principio de ausencia de coacción y condicionamiento

Al respecto Ruiz Molleda; “Esta es una norma que concreta el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT. La referida norma precisa que “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”. Se trata de una regla que es fundamental. Deberá de entenderse que esta coacción puede realizarse no solo a través de medios físicos sino a través de otro tipo de medios más sutiles, que tienen relación con los condicionamientos y que tienen como objetivo burlar, ignorar o torcer la voluntad.” (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.3.7.- PRINCIPIO DE INFORMACIÓN OPORTUNA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 4 inciso “g” sobre Principio Información oportuna señala que el Estado tiene la obligación de brindar información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación:

Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

(Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

El Tribunal menciona que la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informe sobre el impacto ambiental, tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas:

La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser

realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

Así mismo el Tribunal Constitucional señala, no entregar información afecta el contenido constitucional del derecho a la consulta:

Debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La corte manifiesta este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

Análisis

La medida señala a una de las principales condiciones para que se realice a cabalidad un proceso de consulta. Hay que destacar que se señala que se debe entregar

“toda” la información, que sea “necesaria”. Asimismo, se precisan dos condiciones más: que se brinde “desde el inicio” y con la “debida anticipación”.

Suponemos para que la medida sea leída y estudiada. Hubiese sido bueno incluir en que ella sea accesible y comprensible, es decir, no solo que esté en términos claros y sencillos.

El principio de la información oportuna en la doctrina:

Para Ruiz Molleda “Aquí se juega la eficacia y el éxito de la consulta previa. Si bien es importante dar la posibilidad a los pueblos indígenas de dar su opinión, si estos carecen de información objetiva e idónea tomarán decisiones equivocadas. Por eso resulta central que los pueblos indígenas accedan a información completa, veraz y adecuada. Solo en la medida que los pueblos indígenas conozcan a ciencia cierta los reales y verdaderos impactos ambientales y de otro tipo en sus derechos, podrán tomar no solo una buena decisión sino podrán prevenirse los daños. De lo contrario se tomarán decisiones en forma ciega, y se desnaturalizará y se vaciará en los hechos el sentido de la consulta. Esto es muy importante pues según la actual legislación, los estudios de impacto ambiental se hacen luego de la concesión y no antes.” (Molleda J. C., Analisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.4. - SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

En el Artículo 5 sobre Sujetos del derecho a la consulta señala; “Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.”

(Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 1 del Convenio señala detalladamente sobre los sujetos del derecho a la consulta:

1. El presente Convenio se aplica: a). a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan 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; b). a 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.
2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (Convenio 169, 1989)

c.- Tribunal Constitucional

El Tribunal señala que los sujetos de consulta comprenden no sólo a las comunidades directamente afectadas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes:

En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los «pueblos interesados», tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus

organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas. (Sentencia N° 06316-2008-PA/ TC, 2009)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 12° indica que puede invitarse a interesados sin que dicho administrado se constituya en parte;

De la participación de interesados en las medidas administrativas Cuando la medida administrativa sometida a consulta haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

La norma reitera el Convenio 169 de la OIT, y es que el titular del derecho a la consulta previa son los pueblos indígenas. Resulta interesante en la Ley de Consulta Previa que vuelve a agregar de forma más clara, que la consulta solo procederá ante la violación de los derechos colectivos. Sin embargo el Convenio 169 OIT señala “derechos de pueblos indígenas” mas no limita como la Ley de Consulta “derechos colectivos”.

Sujetos del derecho a la consulta en la doctrina.

Ruiz Molleda considera un tema clave; “¿Quiénes son los pueblos indígenas? Este es un tema clave pues en nuestro país se carece de información sobre quiénes son los pueblos indígenas en el Perú. Los últimos censos en el Perú no han estado dirigidos a levantar este tipo de informaciones. Ahora el problema no se soluciona con un padrón

actualizado de comunidades campesinas. Esto ayuda pero no soluciona el problema. Será pueblo indígena aquel que cumpla con los requisitos contenidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.” (Molleda J. C., Analisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.5. - FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 6 sobre Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios señala; “Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.” (Ley de consulta previa, 2011), Para efectivizar la forma de participación de los pueblos indígenas, dependerá del tipo de medida a ser consultada, y fundamentalmente del ámbito territorial comprometido, y obviamente del mandato que los pueblos indígenas le den a sus representantes. El otro punto es el agregado que hace este artículo respecto del Convenio 169 de la OIT. La ley habla de “instituciones” además de las organizaciones representativas, el Convenio solo de estas últimas. En nuestra opinión, estos temas deberán ser analizados y resueltos por los propios pueblos indígenas, en el marco de su autonomía y autodeterminación.

b.- Constitución Política 1993

El Artículo 2° inciso 17, sobre los derechos de toda persona tiene derecho a participar en forma individual o colectiva; “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. (Constitucion Política del Perú , 1993) También

el Artículo 31° señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en asuntos públicos y además tiene derecho a elegir y ser elegidos:

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (Constitucion Política del Perú , 1993)

c.- Convenio N° 169 OIT.

En el 5to considerando sobre Principio de control de las propias instituciones, Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Artículo 2 (la obligación del Estado de promover la participación de los pueblos indígenas)

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

Artículo 6 (el derecho a la participación de los pueblos indígenas)

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

[...]

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;

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.

Artículo 6 (el derecho a la consulta)

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

[...]

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.

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.

Artículo 15 (el derecho a la consulta cuando se exploten recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas)

[...]

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos

pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...”.

Artículo 7 (el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo)

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural...”.

Artículo 7 (el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de programas de desarrollo)

1. [...] 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.

Artículo 15 (el derecho a participar en la administración de los recursos naturales)

Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Artículo 15 (el derecho a participar en los beneficios de la explotación de los recursos naturales)

[...] 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.

(Convenio 169, 1989)

d.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, a la autonomía y participar plenamente si lo desean en la vida política, económica, social y cultural del estado

Artículo 3; Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4; Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5 ; Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

e.- Tribunal Constitucional

El derecho a la autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros y en efecto participar en la vida política:

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o

antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

Límites a la autodeterminación, con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado:

El Tribunal Constitucional ha reconocido desde su STC N.º 03343-2007-PA/TC consolidando su posición en la STC N.º 022-2009-PI/TC, que la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Es preciso aclarar que dicha autodeterminación se encuentra dentro de un marco constitucional que la delimita. Así, no debe comprenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas exentas a la regulación legal por parte del Estado, o como un territorio de control judicial. La autodeterminación tampoco puede ser confundida «... con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse

juntamente el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado» (STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamento 32). (Sentencia N° 06316-2008-PA/TC, 2009)

f.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 10 sobre Acreditación de representantes dice lo siguiente:

“10.1 El o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento.” (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

Para efectivizar la forma de participación de los pueblos indígenas, dependerá del tipo de medida a ser consultada, y fundamentalmente del ámbito territorial comprometido, y obviamente del mandato que los pueblos indígenas les den a sus representantes. El otro punto es el agregado que hace este artículo respecto del Convenio 169 de la OIT. La ley habla de “instituciones” además de las organizaciones representativas, el Convenio solo de estas últimas. En nuestra opinión, estos temas deberán ser analizados y resueltos por los propios pueblos indígenas, en el marco de su autonomía y autodeterminación.

4.2.6.- CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 7, sobre Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, indica que se debe cumplir con criterio objetivo y subjetivo:

Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:

- a). Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b). Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c). Instituciones sociales y costumbres propias.
- d). Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

Pueblos indígenas son aquellas que conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, además tiene conciencia de su identidad:

El Artículo 1, en su inciso b : El presente Convenio se aplica: [...] a 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 o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (Convenio 169, 1989)

c.- Tribunal Constitucional

Derecho a la identidad consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece:

Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y

pluralismo cultural [...].” (HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]”. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 29, sobre Base de Datos Oficial indica lo siguiente: “29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

La Ley de Consulta Previa en confrontación con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT puede concluirse que estamos ante una desnaturalización de los criterios para identificar a los pueblos indígenas. En esta parte la ley ha ampliado de forma impropia los criterios establecidos por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. En ese sentido esta ley exigiría más requisitos que los que exige el Convenio.

En primer lugar agregaron el mandato, descender “directamente”. Ese requisito no está en el artículo 1.b del Convenio 169 de la OIT.

En segundo lugar, el inciso b del artículo 7 hace referencia al vínculo de los pueblos indígenas con el territorio que tradicionalmente han ocupado, lo cual puede ser interpretado en el sentido que si no se demuestra ese vínculo con el territorio, no se les aplicaría el Convenio 169 de la OIT, lo cual resulta peligroso pues muchas comunidades fueron expulsadas de sus territorios violentamente.

En tercer lugar, se elimina el requisito de conservar “parcialmente” las instituciones sociales, culturales, religiosas, políticas, etc., lo cual puede ser interpretado en el sentido que tiene que conservar todas las costumbres ancestrales.

Los incisos b, c y d deben adecuarse conforme al Convenio 169 OIT en “conservar total o parcialmente” sus instituciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc.

El artículo 7 de la Ley de Consulta es inconstitucional al desnaturalizar el artículo 1.1.b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para ser considerados pueblos indígenas.

El artículo 7 de la Ley de Consulta es inconstitucional al desnaturalizar el artículo 1.1.b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para ser considerados pueblos indígenas.

4.2.7.- ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 8, sobre Etapas del proceso de consulta numera 7 fases o etapas que a continuación se detalla:

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

- a). Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- b). Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- c). Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- d). Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- e). Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.
- f). Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- g). Decisión. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 6 indica que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. (Convenio 169, 1989)

c.- Tribunal Constitucional

Determinación de la medida legislativa o administrativa, determinar todos los pueblos indígenas, notificarles con la medida legislativa o administrativa, negociación, concluye cuando el pueblo esté de acuerdo:

Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han

presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.

En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, afín de notificarles de la medida y de la posible afectación.

Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.

Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.

De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visibles los puntos sobre los cuales existe disconformidad.

Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El proceso de consulta tiene un plazo de 120 días calendario, culminado el proceso de consulta deben publicar el informe de consulta

Artículo 24°.- Plazo máximo del proceso de consulta

El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Artículo 25°.- Informe de consulta

Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:

- a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
- b) El Plan de Consulta.
- c) Desarrollo del proceso.
- d) Acta de Consulta.
- e) Decisión adoptada, de ser el caso.

El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

El artículo 8 de la ley de consulta permite comprender que la consulta no es un momento sino un proceso con varias etapas, que nada tiene que ver con talleres informativos o audiencias públicas. Se han precisado en los diferentes momentos, cuidándose el legislador de precisar que son las etapas mínimas.

Queda claro que no es la empresa la que hace la consulta sino el Estado, ya que la Ley de Consulta Previa de forma clara señala que “las entidades estatales promotoras de la medida” deben cumplir el “proceso de consulta”, razón por la cual los innumerables talleres informativos realizados por las empresas no tienen valor ni exoneran al Estado de su obligación de hacer la consulta.

4.2.8.- IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 9 sobre la Identificación de medidas objeto de consulta, menciona que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas;

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico

especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional identifica hasta 3 tipos de medidas legislativas:

En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La corte en su jurisprudencia señala una gama de medidas estatales que requieren consulta previa:

En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”:

El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;

El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;

el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;

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;

en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y 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. (caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname, 2007)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 4, sobre el Contenido de la medida legislativa o administrativa indica lo siguiente;

El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del

Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

El Artículo 14, sobre el Inicio del proceso menciona; “El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley y el Título I de la presente norma”. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

La ley de consulta establece mandatos bajo responsabilidad, identificar la propuesta de las medidas, relación directa entre la medida y derechos de pueblos indígenas, la afectación de los derechos colectivos.

Esta norma en la Ley de Consulta Previa tiene un problema de fondo, que debe ser replanteado pues aparentemente el Viceministerio de Interculturalidad estaría cumpliendo dos funciones contradictorias. La disyuntiva es la siguiente: el Viceministerio de Interculturalidad emite opiniones técnicas en primera instancia (artículo 19.d) o es segunda instancia administrativa (3 párrafo del artículo 9) Si ya adelantó opinión técnica, no será una autoridad independiente en segunda instancia.

4.2.9. - IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 10, sobre la Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados menciona que la entidad promotora tiene la responsabilidad de identificar a los pueblos; “La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación

directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 1, señala que de debe manejar criterios objetivos y subjetivos, además mantienen parte o total de sus características.

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales 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;

b). a 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.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. (Convenio 169, 1989)

c.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 7, sobre Sujetos del derecho a la consulta indica que son aquellos pueblos que son afectados en sus derechos colectivos:

7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

7.2 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias.

Asimismo el Artículo 8° sobre la Identificación de los sujetos del derecho señala;

“8.1 La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.

8.2 En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

El artículo 10 de la ley de consulta debe de interpretarse de conformidad con el artículo 7 que establece los criterios para identificar a los pueblos indígenas. Debió señalarse que para dicha tarea se deberá acceder a la base de datos de pueblos indígenas que se deberá crear. De lo contrario la tarea de identificar a los pueblos puede resultar

compleja. Esta norma pone en todo caso en evidencia la necesidad de una base de datos. La realización de los procesos de consulta dependerá de la seriedad con que se elabore oportunamente y se mantenga actualizada la Base de Datos oficial de los Pueblos Indígenas del Perú, la cual estará a cargo del Vice ministerio de Interculturalidad.

4.2.10. - PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 11, sobre la Publicidad de la medida legislativa o administrativa indica; “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Constitución política del Perú 1993.

El Artículo 51, menciona que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma; “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. (Constitucion Política del Perú , 1993)

c.- Tribunal Constitucional

Para el Tribunal Constitucional según Principio de Transparencia el Estado debe poner en conocimiento de dichos pueblos sobre las medidas de consulta:

El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar

directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 16, del Plan de Consulta menciona lo siguiente:

El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:

- a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
- b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
- c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
- d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;

e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

El Artículo 17, sobre Etapa de publicidad de la medida indica lo siguiente; “Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta”. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

En la Ley de Consulta Previa esta norma pareciera estar contenida en el artículo siguiente. En todo caso pudieron ir ambas normas juntas. Dos reglas se establecen, la primera es que se deberá de comunicar a los pueblos indígenas de las medidas a consultarse. Se entiende que esta comunicación deberá de hacerse antes que se tome la decisión y no después. La segunda regla es que esta comunicación deberá hacerse, no de forma burocrática o como una formalidad más. La ley exige poner un celo especial en esta comunicación, pues exige hacerlo “mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan”. Ello implica un esfuerzo adicional y deja traslucir una especial consideración que compartimos y que resulta válida y necesaria, toda vez que los pueblos indígenas se encuentran en zonas alejadas.

Publicidad en la doctrina:

Para Ruiz Molleda; “Sobre la calidad de la información a entregarse a los pueblos indígenas. El Estado debe proporcionar información oportuna, suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en el idioma de los pueblos indígenas consultados, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real. Los procesos metodológicos serán los adecuados si es que son los que responden a las necesidades, usos, mecanismos y formas de decisión de cada pueblo indígena concreto.

Es el Estado el que debe entregar la información a los pueblos indígenas. Esta parte es importante pues mucha información está en poder de las empresas y no del Estado. Le corresponde al Estado exigirla y alcanzarla a los pueblos indígenas”. (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

4.2.11.-INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 12, sobre la Información sobre la medida legislativa o administrativa indica; “Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

Entregar información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación para reflexiones que puedan surgir en el pueblo indígena:

La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas

que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte señala que los Estados tienen la obligación de consultar, éste deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al

Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 18, sobre Etapa de información dice lo siguiente:

“18.1 Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora.

18.2 La información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural.

18.3 La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida”.

En la Sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento sobre Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental dice; “El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional

de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

El artículo 12 de la Ley de Consulta Previa recoge un aspecto fundamental que sirve para diseñar y organizar un proceso de consulta y dar la oportunidad a los pueblos indígenas de emitir opinión, para decidir razonablemente. La calidad de la decisión que puedan asumir los pueblos indígenas dependerá que estos cuenten con toda la información necesaria.

El artículo 12 de la Ley 29785 por omisión desconoce la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales.

4.2.12.-EVALUACIÓN INTERNA DE LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 13, sobre Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios menciona; “Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

Información sobre recursos, áreas de explotación y el impacto ambiental, estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar:

La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Tribunal Constitucional menciona que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado:

Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007).

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 19, sobre Etapa de evaluación interna indica lo siguiente:

19.1 Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la

entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

19.5 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo.

En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

19.7 La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

Esta parte fundamental en la Ley de Consulta Previa y depende mucho de la anterior, el éxito de esta etapa es que se pueda contar con “toda” la información sustantiva sobre el verdadero impacto de la medida. Sin esa información el debate y la evaluación interna serían vacía e inútil. Este espacio permitirá poner sobre la mesa las razones de un lado y de otro. Esta etapa esta encadenada a la anterior.

Dos mandatos podemos distinguir en este artículo, el primero es que esta evaluación “interna” se hace internamente, sin la presencia del Estado y de la empresa. El espíritu de esta propuesta es que la evaluación interna se realice sin presiones e interferencias ajenas que distorsionen el proceso de reflexión colectiva al interior de los pueblos indígenas. El segundo mandato es la exigencia del plazo razonable.

Esta evaluación interna permitirá, que la mayor cantidad de miembros de pueblos indígenas participen en dicha decisión, inhibiendo a sectores que buscan los arreglos bajo la mesa y de espaldas a los intereses de los pueblos indígenas. En la medida en que la decisión se desplaza y se involucra a más personas, la decisión se hace más transparente, todo lo cual abona en mayor legitimidad de dicha medida.

4.2.13.- PROCESO DE DIÁLOGO INTERCULTURAL

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 14, sobre Proceso de diálogo intercultural menciona lo siguiente;

El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional señala el derecho de consulta como diálogo intercultural.

Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el

Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007)

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta.

El Artículo 20, sobre la Etapa de diálogo dice lo siguiente:

20.1 El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta.

20.2 En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.

20.3 En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

20.4 Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.

20.5 La entidad promotora deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de

organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta; de conformidad con lo señalado en el artículo 26° del Reglamento.

20.6 El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.

20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:

a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.

b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

e.- Ley General de Comunidades Campesinas

El Artículo 17, sobre La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad dice lo siguiente; “Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada Comunidad”. (Ley general de comunidades campesinas, 1987)

Análisis.

La Ley define esta etapa en función a los asuntos que serán materia del diálogo; así, señala que éste se llevará a cabo sobre los fundamentos de las medidas, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulen.

Asimismo, establece que todos los actos y ocurrencias presentadas en el desarrollo del proceso quedarán contenidos en un acta. Al respecto, es importante que el acta refleje fielmente el parecer de los actores involucrados, y no solo lo que el relator o relatora consideren relevante, dado que ello podría invisibilizar la opinión de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el dialogo intercultural, especialmente en el ámbito público, supone la interacción del Estado con los pueblos indígenas en un contexto de respeto y reconocimiento a la diversidad de pensar, sentir y actuar para propiciar una interacción horizontal y sinérgica. Asimismo debe reconocerse que ningún grupo social se encuentra por encima del otro, esto favorece la integración, el dialogo y la concertación.

4.2.14.- DECISIÓN

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 15, sobre Decisión dice lo siguiente;

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El consenso o acuerdo al que arriben las partes entre el Estado y los pueblos será vinculante para ambos:

En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

c.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte señala tres condiciones para explotar recursos en territorios de los pueblos indígenas.

[...] a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)¹²⁴ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007).

d.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 23, sobre la Etapa de decisión dice lo siguiente:

23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos

reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Así mismo el Artículo 25, sobre el Informe de consulta indica;

Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:

- a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
- b) El Plan de Consulta.
- c) Desarrollo del proceso.
- d) Acta de Consulta.
- e) Decisión adoptada, de ser el caso.

El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

La Ley de Consulta en el artículo 15° regula la situación en que se arribe a un acuerdo así como aquella en la que esto no suceda.

Así, de llegarse a un acuerdo se establece que éste es de carácter obligatorio para ambas partes y, por tanto, exigible en sede administrativa y judicial. No queda claro sin embargo a qué tipo de procedimiento se vincularía un posible incumplimiento del acuerdo arribado en el marco del proceso de consulta. Sin duda, se trataría de una situación en la que sería demandada la entidad responsable del proceso, dado que éste comprende principalmente obligaciones para el Estado.

En caso no haya acuerdo respecto de la medida, la Autógrafa señala que la decisión de adoptar la medida debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de la medida tendría respecto de los derechos colectivos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados ratificados por el Perú.

Sin embargo, antes de ello, debería tenerse en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que si el pueblo indígena rechaza la propuesta precluye una primera etapa de negociación con la finalidad de hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad, con la consecuencia que la medida no podrá ser implementada. Para que esto suceda se iniciará una segunda etapa dentro de un plazo razonable. El Tribunal sostiene que si pese a los esfuerzos realizados por las partes en esta segunda etapa no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena

El artículo 15 de la Ley 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio 169 y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, al omitir la obligación del Estado de obtener

el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Este artículo, también viola por omisión el artículo 7.1 del Convenio 169 que reconoce el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a armonizar este derecho con la concepción de desarrollo del Gobierno. De igual manera, el artículo 15 de la Ley 29785 viola por omisión el artículo 59 de la Constitución que exige el respeto de un conjunto de derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas. También desconoce lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido que la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite de las industrias extractivas. Asimismo, el artículo 15 de la ley viola el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT por omisión al no regular el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios. Y finalmente, el artículo 15 de la Ley 29785 viola el artículo 2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169 OIT al omitirse la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas.

4.2.15.- IDIOMA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 16, sobre el Idioma menciona; “Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Constitución Política del Perú 1993

El Artículo 2 inciso 19, señala que todas las personas tienen derecho; “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. (Constitucion Política del Perú , 1993)

c.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 12, menciona lo siguiente; “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”. (Convenio 169, 1989)

d.- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Artículo 16, dice los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena:

Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., 2007)

e.- Tribunal Constitucional

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”. Esto mismo ha sido reconocido por la Resolución

Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, la cual enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. En ese sentido se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “El derecho a expresarse en su propia lengua”. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)}

Análisis

La Ley de Consulta Previa concuerda sobre los derechos lingüísticos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución y en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT. Este último precisa que “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”. Esto resulta vital si lo que se quiere es impulsar un verdadero diálogo y no un simple monólogo del Estado. Dos mandatos contiene el artículo 16 de la ley, el primero es que se tome en cuenta la diversidad lingüística, y el segundo que es consecuencia de este, es la necesidad de contar con intérpretes. Habría que agregar que no basta con estos, es incluso necesario que se traduzcan los documentos escritos a la lengua nativa cuando no estemos ante culturas orales ciertamente. Se trata de traducir los documentos más importantes como por ejemplo el estudio de impacto ambiental.

4.2.16.- ENTIDAD COMPETENTE

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 17, sobre la Entidad competente dice; “Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los

derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 27, De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional menciona lo siguiente:

27.7 La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú.

En Décimo Segunda, disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento

Medidas administrativas complementarias indica; “Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.

En Décimo Tercera, disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento sobre Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada dice; “En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

En Décimo Cuarta, disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento

Reinicio de Actividad dice; “No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados”.

En Décimo Quinta, disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento

Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos indica; “La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis

El artículo 17 de la Ley de Consulta Previa reitera una vez más que le corresponde al Estado y en concreto al sector del Estado que prevé adoptar la medida, realizar el proceso de consulta. Esta norma implicará que los entes del Estado susceptibles de adoptar decisiones que pueden generar impacto directo en los pueblos indígenas, deberán de incorporar en los Texto Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA) los respectivos procesos de consulta previa de las decisiones de sus sectores. Queda claro una vez más que será el Estado y no las empresas las que tendrán bajo su responsabilidad los procesos de consulta. Esto implicará contratar personal o reasignarlo, una profunda capacitación de los profesionales encargados a efectos que puedan conducir con éxito los procesos de consulta, asegurando un mínimo de permanencia de los mismos. También demandará infraestructura física, equipos y recursos económicos, bibliográficos entre otros.

4.2.17.- RECURSOS PARA LA CONSULTA

a.- Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta.

El Artículo 18, sobre Recursos para la consulta indica; “Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios”. (Ley de consulta previa, 2011)

b.- Convenio N° 169 OIT.

El Artículo 33 ,menciona lo siguiente; “La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones”. (Convenio 169, 1989)

c.- D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta

El Artículo 26, sobre Financiamiento del proceso de consulta indica:

26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.

26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.

26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

En Cuarta, disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento Excepción a derecho de tramitación dice; “El presente Decreto Supremo constituye la autorización prevista en el artículo 45°, numeral 45.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto de las tasas que

cubran el costo del proceso de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Análisis.

Esta norma concreta el artículo 33.1 del Convenio 169 de la OIT que a la letra precisa que “La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones”. El ejercicio efectivo de los derechos humanos. Este es un tema de primera importancia, y sin embargo, se guarda silencio sobre el mismo.

4.3.- APLICABILIDAD DE LA LEY 29785 Y CONFLICTOS SOCIALES.

4.3.1.- APLICABILIDAD DE LA LEY 29785

Primero señalamos los presupuestos en el marco normativo:

En el Artículo 19 de la Ley 29785, sobre Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, señala lo siguiente; “Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:

- a). Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
- b). Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
- c). Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.

- d). Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.
- e). Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
- f). Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.
- g). Registrar los resultados de las consultas realizadas.
- h). Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.
- i). Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento. (Ley de consulta previa, 2011)

En el Decreto Supremo 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta en su Artículo 28° sobre Funciones del Viceministerio de Interculturalidad señala; “Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos

indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.

3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.

4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.

5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.

6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.

7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.

8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

(Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Creación de base de datos de pueblos indígenas

Así también el Artículo 20. Sobre la Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Señala lo siguiente; “Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas,

la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:

- a). Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
 - b). Referencias geográficas y de acceso.
 - c). Información cultural y étnica relevante.
 - d). Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
 - e). Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
 - f). Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.
- (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Base de Datos Oficial

El Artículo 29° D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta sobre Base de Datos Oficial señala:

“29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.

29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación

con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.

29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

Casos de consulta realizados

El proceso de consulta del Lote 192 (ex Lote 1AB); En el mes de Noviembre del 2013, representantes indígenas de la Región Loreto, organizados bajo la plataforma Pueblos Indígenas de la Amazonía unidos en Defensa de sus Territorios (Piunamudt), presentaron reclamos ante el Estado por las condiciones ambientales y sociales que son producto de más de cuarenta años de explotación de hidrocarburos en las cuencas de los ríos Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón. Frente a ello, se creó la Comisión Multisectorial encargada de analizar, diseñar y proponer medidas que permitan mejorar las condiciones sociales y ambientales de las poblaciones de las cuencas afectadas. En agosto, esta Comisión anunció que el Lote 192 (ex Lote 1AB) cuyo contrato opera actualmente la empresa Pluspetrol y culmina en el 2015, sería licitado después de un proceso de consulta previa, encargando la realización de tal proceso a Perupetro. (Defensoria del Pueblo, 2012)

Casos de consulta no realizados

Lote 156.

La comunidad campesina de Sajo (distrito de Pomata, provincia de Chucuito Juli, departamento de Puno) y el presidente de la Multi Comunal Aymara Marca solicitaron a PERUPETRO ser consultados sobre la adjudicación del Lote 156.

PERUPETRO desestimó el pedido, argumentando que el Decreto Supremo N° 034-2009-EM que aprobó la firma del contrato de licencia del Lote 156 fue publicado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley y el Reglamento de Consulta Previa. Los peticionarios impugnaron la decisión ante la viceministra de Interculturalidad, quien el 20 de febrero de 2014 rechazó definitivamente la petición, argumentando que la Ley de Consulta Previa no tiene efectos retroactivos.

Lote 116

73 comunidades de los pueblos Awajún Wampis del norte de la Amazonía peruana ante la superposición del Lote 116 en sus territorios. En julio de 2013 ejercieron su derecho de petición al solicitar que se sometiera a consulta previa el Decreto Supremo N° 066-2006-EM que aprobó el contrato de licencia de exploración y explotación del Lote 116. En octubre de 2013, el MINEM rechazó el pedido argumentando que dicho decreto supremo se emitió mucho antes de que la ley de consulta previa entrara en vigencia, lo cual motivó la apelación de los afectados.

El 14 de marzo de 2014, la viceministra de Interculturalidad, Patricia Balbuena, les contestó que la Ley de Consulta Previa “no modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”.

Ambas denegatorias de consulta por parte del Ejecutivo son una muestra clara del desconocimiento del Estado peruano del Derecho internacional, teniendo en cuenta que en el Perú el Convenio 169 de la OIT está vigente en el país desde febrero del año 1995.

Lotes 31B y 31D

En el caso de los Lotes 31B y 31D (departamento de Loreto) el MINEM, basándose en una interpretación restrictiva de la Ley, no ha admitido la aplicación del derecho de consulta previa frente la extensión de los plazos de vigencia en los contratos

de explotación de los lotes de hidrocarburos. De hecho, por Decreto Supremo N° 011-2014-EM se ha extendido por diez años la vigencia de contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos en los Lotes 31-B y 31-D a favor de la empresa Maple Gas Corporation del Perú.

Contestando a un pedido de consulta formulado por la comunidad nativa Canaán de Cachiyacu (Loreto), la empresa estatal PERUPETRO S.A., responsable de los procesos de adjudicación de las concesiones petroleras, y entidad promotora de los procesos de consulta previa en el sector, sostuvo que: “no se trata de un nuevo Contrato sino de la prórroga del mismo, es decir, que solo implica la extensión del plazo del Contrato de Licencia y la continuidad de las operaciones en las mismas condiciones de las pactadas antes de la prórroga. En consecuencia, [...] no se requiere realizar la Consulta Previa por el Decreto Supremo que autoriza la prórroga del citado Contrato de Licencia, dado que la prórroga no implica el inicio de una actividad o proyecto, o un Contrato de Licencia nuevo, que son las condiciones que configuran una Medida Administrativa susceptible a ser consultada, conforme lo define el Artículo 3°, inciso i) del Reglamento de la Ley N° 29785 aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC”.

A partir de esta interpretación restrictiva, no se ha realizado un proceso de consulta previa sobre este Decreto Supremo, vulnerando así tanto la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre toda medida administrativa que les puedan afectar, como la obligación de consultarles en todas las etapas de un proyecto que afecte su territorio.

Lote 1AB (192)

Un caso muy diferente es el de la continuidad de las operaciones del Lote 1AB. Respecto de este lote, cuyo contrato de licencia de explotación vence el 2015, se ha

anunciado un proceso de consulta previa y una licitación pública. La consulta en el Lote 1AB, renombrado como Lote 192 el cual involucraría las zonas correspondientes del Lote 1AB más otras áreas adyacentes, fue anunciado a fines del año 2012 como el primer caso en el cual el Estado aplicaría la consulta previa en hidrocarburos, no obstante ha concluido el año 2014 sin que se inicie este proceso de consulta todavía no se ha iniciado, debido a que las organizaciones indígenas de los pueblos Quechua, Achuar, Kukama y Candoshi buscan que la consulta incorpore la respuesta del Estado a los graves impactos sociales y ambientales generados por los cuarenta años de explotación petrolera en sus territorios.

Llama la atención que al comparar el caso del Lote 192 con el de los lotes 31B y 31D, se puede observar con claridad las opciones divergentes del aparato estatal en su actuar frente a la consulta en ambos casos.

Proyecto de Hidrovía Amazónica,

El Proyecto de Hidrovía Amazónica, el que se implementaría en el río Marañón como parte de la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA. Respecto de él, los organismos públicos responsables PROINVERSION y Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, se opusieron y negaron a implementar un proceso de consulta previa.

El año 2013 los pueblos indígenas de la región Loreto, representados por la Asociación Cocama de Desarrollo y Conservación San Pablo de Tipishca - ACODECOSPAT, que agrupa a comunidades Kukama Kukamiria de los distritos Parinari y Nauta, decidieron ir a la acción por medio de una demanda de amparo. La Corte Superior de Justicia de Loreto acogió los fundamentos de fondo de esta demanda, determinando en el mes de octubre de 2014 la suspensión del proyecto Hidrovía

Amazónica “hasta que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como entidad promotora realice la CONSULTA PREVIA a los pueblos afectados”.

Cabe recordar que, aun cuando no se ha realizado ninguna consulta previa sobre temas mineros, el VMI afirma que “la consulta previa se va a dar de todas maneras en temas de minería y en zonas andinas”.

Por otra parte cabe recordar el anuncio sobre consulta previa a las comunidades campesinas Trapiche y Cajón Huyo, del distrito de Ananea, provincia de San Antonio de Putina en la región Puno, serian partícipes del proceso de consulta previa por la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) para que las comunidades campesinas antes referidas puedan decidir el futuro del proyecto minero CHIQUITOSA-A, para que inicie sus labores de explotación en la zona, sin embargo hasta la fecha no hay ningún comunicado oficial sobre el inicio del proceso de consulta.

Con los presupuestos señalados y los casos expuestos, en este aspecto, hemos podido obtener como resultados que desde el análisis cualitativo, y revisando las diversas jurisprudencias tanto del Tribunal Constitucional peruano como de otros Tribunales, que forman parte de la presente tesis.

1.- Que las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, si bien es cierto toman en cuenta la Ley de Consulta Previa, sin embargo en algunos casos resulta contradictoria en razón de que pareciera motivarse a través de ciertos intereses tanto a nivel político como a nivel económico.

2.- Por otro lado, cuando la Ley de Consulta Previa, tiene un tratamiento relevante, resulta que ésta se ve afectada con limitaciones que los propios magistrados anteponen a sus análisis y conclusiones, a fin de que sea la Ley y el reglamento debidamente aplicado.

3.- Por otro lado es cierto que el reglamento como la ley de la consulta previa tiene muchos defectos y vacíos sin embargo, que hasta el día de hoy el Ministerio de Cultura, no ha podido subsanar debidamente como es el caso de la determinación de quienes son pueblos indígenas, y quienes están debidamente catalogados o registrados para que puedan ser considerados interlocutores.

4.- Por otro lado, recientemente se ha dado la noticia de que la consulta previa sólo servirá para casos no de concesión sino de exploración, siendo esta decisión completamente contraria no solo al Convenio 169 de la OIT, igualmente a la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, sino también a la propia Ley y al Reglamento como derecho interno peruano, esta situación resulta doblemente preocupante cuando se sabe que el 70% del uso de nuestros recursos naturales son en forma de concesión, lo que implicaría que estarían exonerados de la consulta.

5.- Por otro lado no existe una real concientización y compromiso por parte de los magistrados y operadores jurídicos, puesto que hasta la fecha hay resistencia de que se debe cumplir con esta normatividad, y por otro lado el acentuado positivismo que no permite tener una visión pluralista del derecho. Por otro lado existen prejuicios que tienen que ver con racismo, exclusión y colonización mental.

6.- Por lo tanto la inaplicabilidad óptima de la Consulta previa es un hecho que queda demostrado en el presente trabajo en la abundante jurisprudencia constitucional, que nos hemos permitido hacer sobre ella comentarios puntuales y que ha merecido un cotejo y análisis materia de los fines u objetivos propuestos.

4.3.2.- CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

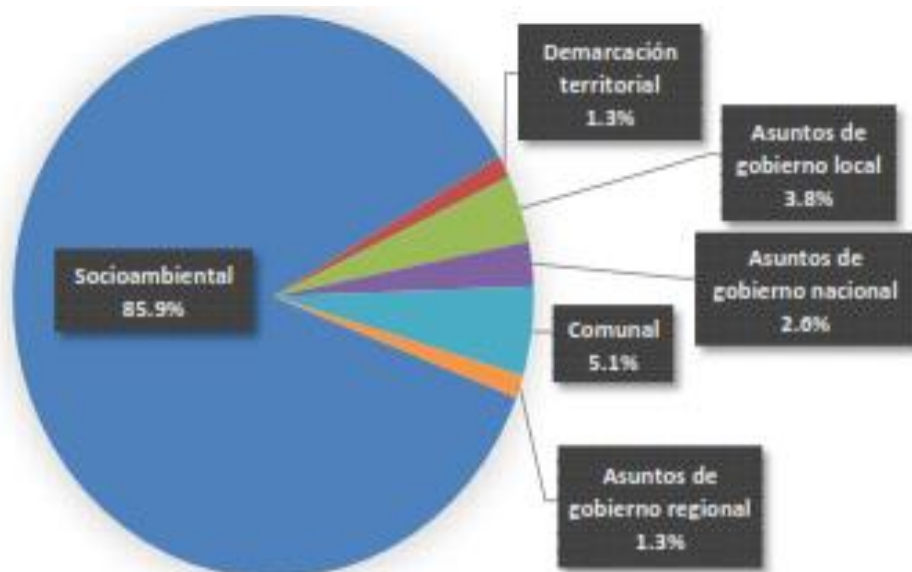
Como antecedente de los conflictos tenemos los registrados por la Defensoría del Pueblo correspondiente a conflictos por temática socio-ambiental. Así, por ejemplo, en el

2004 alcanzaban a 4 regiones del país, en el 2005 pasan a ser 7; el 2006, 12; durante el 2007, 15; en el 2008 alcanzaron a 19 regiones. En el 2009 a 23 y en el 2010 aumentó a 24 regiones, pero además, este incremento no solo corresponde al número de regiones, sino también a la intensidad. De la misma manera expresó que: “Hacia septiembre del 2011, los conflictos socio ambientales, entre activos y latentes, constituían el 41.7% del total de los conflictos registrados por la Defensoría del Pueblo. A diciembre de 2012, los conflictos socio ambientales ocuparon el 65.2% (148 casos) del total registrado. De ellos, el 70.9% (105) corresponde a conflictos relacionados con la actividad minera. Le siguen los conflictos por actividades hidrocarburíferas, con 16.2%” (Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República 2012). En el año 2013 los conflictos socio-ambientales ocupan el 65,9% (147casos) del total de conflictos registrados en agosto (Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 114, agosto 2013). En el año 2014 Defensoría del Pueblo reportó 133 conflictos socio-ambientales activos y latentes registrados durante el mes julio (Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 125, julio 2014). Por último con respecto al presente año tenemos el reporte correspondiente al mes de setiembre 143 conflictos socio-ambientales activos y latentes registrados, el 63,6%(91 casos) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera. “reporte de conflictos sociales n° 139” (setiembre 2015) Defensoría del Pueblo.

Se da cuenta de 214 conflictos sociales: 150 activos y 64 latentes.

La mayor cantidad de conflictos sociales que se desarrollan en una sola región se ubican en los departamentos de Apurímac (22 casos), Áncash (20) y Puno (19) y le siguen los departamentos de Cusco (16), Piura (15), Cajamarca (14), Loreto (13), Ayacucho y Junín (12).

Ilustración 6 Conflictos Activos en proceso de dialogo 2015

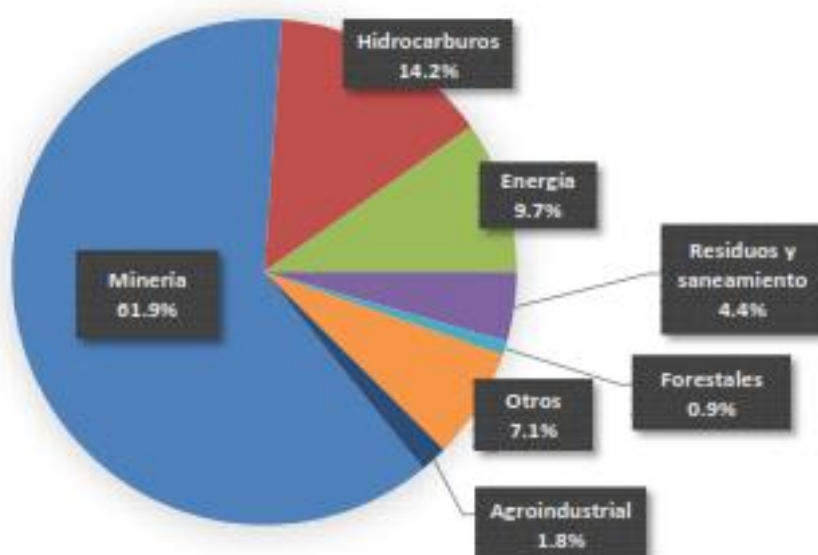


Elaboracion tesista

Fuente: Defensoria del Pueblo.

En el presente grafico demostramos que los conflictos socioambientales ocupan el 85.9% del total de los conflictos por diversos temas.

Ilustración 7 Conflictos socioambientales activos por actividad



Elaboracion autor

Fuente: Defensoria del Pueblo.

Con el presente grafico queda demostrado que los conflictos socioambientales generados por la actividad minera, hidrocarburos y energía, representan la mayor parte de los conflictos que se presentan en el Perú.

Es así tenemos a nivel nacional como casos emblemáticos; caso proyecto conga, empresa minera Yanacocha(2011-actualidad), que afecta a territorios de las comunidades indígenas en la provincia de Cajamarca, Celendín y Hualgayoc- Bambamarca, en el departamento de Cajamarca.

Caso de la empresa minera Catalina Huanca (2001-actualidad), ubicada en las comunidades campesinas de Uyuccasa y Raccaya, distritos de Canaria y Apango respectivamente, provincia de Víctor Fajardo, en el departamento de Ayacucho, la empresa pretende desaparecer progresivamente a ambas comunidades promoviendo la desocupación progresiva de sus territorios.

Caso del gasoducto del consorcio Techin- TGP (2002- actualidad), Se han visto afectadas por este proyecto, entre otras, las comunidades de Chiquintirca, Chilcas Luis Carranza, Acocro, Acosvinchos, Vinchos y Chiara, del distrito de Anco, provincia de La Mar, en el departamento de Ayacucho. Para el paso subterráneo del gasoducto, se ha afectado el derecho de vía de los pobladores de estas comunidades.

Caso de la hidroeléctrica de santa María (2011 - actualidad), A cargo de la empresa Energía Sur Santa María, ubicada en las comunidades Chiquintirca y otras del distrito de Anco, provincia de La Mar, departamento de Ayacucho, el proyecto se encuentra en la etapa informativa y en la búsqueda de obtener el permiso de las comunidades, pero no existe información de que se venga impulsando el respectivo proceso de consulta previa.

Caso del aeródromo de la comunidad utari - colonos (2011 - actualidad), Se ubica en el distrito de Pichari, provincia de La Convención, departamento de Cusco, en la zona del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro - VRAEM. Según informa la CCP, esta instalación tiene como finalidad facilitar el arribo de militares norteamericanos para la lucha contra el narcotráfico y, asimismo, constituirse como un centro de operaciones para tal efecto. Se calcula que afectará aproximadamente 470 hectáreas de la comunidad de Utari.

Caso de la empresa minera barrick en la comunidad de sanagorán (2009 - actualidad), Se trata de un proyecto que afecta a la comunidad, conformada por doce anexos del distrito de Sanagorán, provincia de Huamachuco, departamento de La Libertad. La indicada empresa minera viene operando un proyecto de extracción de cobre y zinc, al cual se acusa de haber generado la muerte de miles de truchas en 2009.

Caso de la central hidroeléctrica de chaglla (2011 - actualidad), Está ubicada en la comunidad campesina de Pillao, distrito de Chinchao, provincia y departamento de Huánuco. La empresa Odebrecht, que está a cargo de la construcción de la represa, ya ha iniciado su construcción, a pesar de que el Estado no ha realizado ningún proceso de consulta previa a los comuneros.

Caso proyecto Bambas (actualidad) La Federación Campesina de Challhuahuacho y el Frente de Defensa de los Intereses del Distrito de Challhuahuacho, protestan por supuestos incumplimientos de la empresa minera Xstrata Copper (actualmente adquirida por el consorcio MMG Ltd., filial externa de China Minmetals Corp.), Proyecto Las Bambas, haciendo mención a diecisiete compromisos en beneficio de las comunidades del área de influencia indirecta del proyecto.

Conflictos socioambientales en el departamento de Puno

Casos en observación que pueden devenir en conflictos sociales según Defensoría del Pueblo.

Distrito de San Gabán, provincia de Carabaya. El 11 de junio de 2015 se produjo una protesta contra la empresa hidroeléctrica señalando que se está afectando el ambiente y que la empresa no cumple con otorgar puestos de trabajo y proyectos en favor de la comunidad.

Distrito de Anapia, provincia de Yunguyo. Contaminación de la Isla Anapia, distrito de Anapia, provincia de Yunguyo, por aguas residuales provocadas por la ciudad de El Alto en La Paz - Bolivia.

Distrito Paratía, provincia de Lampa. Población del distrito de Paratía en la provincia de Lampa, solicita a la Empresa Ciemsa S.A. continuar las negociaciones para la nueva suscripción del convenio marco de responsabilidad social.

Comunidad de Ollachea, del distrito del mismo nombre en Carabaya. La comunidad de Ollachea ratificó mediante un comunicado, que asumirá medidas de lucha contra el proyecto minero Ollachea, de la compañía minera Kuri Kullu S.A, propiedad de Minera IRL. Los comuneros piden que se retire al presidente ejecutivo de Minera IRL y piden que se reconozca al actual CEO (director ejecutivo) interino, Diego Benavides, como integrante del directorio, ya que éste fue promotor de la inclusión de la comunidad como socia accionista en el proyecto.

Distritos de Cupi, Llalli, Umachiri, Ayaviri provincia de Melgar. Pobladores de los distritos afectados han realizado acciones de protesta en rechazo a la contaminación ambiental que estaría generando la empresa Aruntani S.A.C. y otros. Mediante el oficio N° 502-2015-MDU/A, del 23 de septiembre de 2015, ingresado por mesa de partes el 24 de septiembre al Ministerio de Energía y Minas con registro N° 2537883, el alcalde de la

Municipalidad Distrital de Umachiri solicita el cierre definitivo de la Mina Aruntani S.A.C.

Detalle de los conflictos latentes en Puno según Defensoría del Pueblo.

Distrito de Ocuwiri, provincia de Lampa. Los pobladores del distrito de Ocuwiri provincia de Lampa, acusan a la empresa minera Arasi S.A.C. de causar la muerte de truchas en el río Chacapalca ocurrida los días 13 y 14 de julio de 2013 y exigen la presencia de autoridades competentes.

Distrito de Antauta, provincia de Melgar. Distrito de Ajoyani, provincia de Carabaya. El Comité de Lucha del distrito de Antauta y pobladores del distrito de Ajoyani solicitan a la empresa minera Minsur S.A. compense los daños generados y la firma de un convenio marco de desarrollo a favor de la población, así como proyectos de agua y empleo local.

Comunidades campesinas de Santa Cruz y Huacoto, distrito Orurillo, provincia Melgar. Los pobladores del distrito de Orurillo, en Asamblea Popular de fecha 7 de junio de 2011 dieron a conocer su rechazo hacia las actividades mineras de la empresa minera Ciemsa La Poderosa en la zona y otras empresas mineras, en tanto no ha habido procesos de consulta. Comunidad Untuca, Distrito de Quiaca, provincia de Sandia. Pobladores de la comunidad Untuca exigen se modifique la transacción extrajudicial firmada entre la comunidad Untuca y la empresa minera Cartagena (ahora Cori Puno) por lo que la empresa y la comunidad han sostenido varias reuniones a fin de negociar la modificación de la transacción extrajudicial. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo.” (Defensoría del Pueblo, 2015) Queda demostrado que los conflictos socio ambientales se dan a raíz de la concesión de los recursos naturales sin previa consulta a las poblaciones indígenas que habitan en los territorios comprometidos con las actividades extractivas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- se determina marco normativo sobre el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta, D.S. 001-2012-MC Reglamento de la Ley de Consulta, así como las jurisprudencias vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

SEGUNDO.- De la Ley 29785 los artículos 1, 7, 12, 15,19 y la segunda Disposición Complementaria Final y del Reglamento D.S. 001-2012-MC los artículos 5, c; 5d; 6 y 23,1. Violan el ordenamiento constitucional, Convenio 169 OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por que desarrollan de manera contradictoria, restringida y parcial.

TERCERA.- Con las sentencias y jurisprudencia constitucional que hemos podido analizar en el presente trabajo, ha quedado demostrado que no hay un cabal cumplimiento de toda la normatividad sea internacional y nacional en nuestro país. Más aún no existe un real compromiso del Estado y de los poderes públicos como el Poder Judicial y Ejecutivo que realmente por un lado tengan conciencia de cumplir la Ley de la consulta previa y su Reglamento a pesar de que saben que tienen rango constitucional y es de aplicación prioritaria, y en segundo lugar de preservar actitudes de exclusión hacia los pueblos originarios y ancestrales.

CUARTA.- La Ley de Consulta Previa N° 29785 desconoce abiertamente el propio contenido del Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente

dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo tanto esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida los pueblos indígenas, elegir sus prioridades de desarrollo, conservar sus costumbres, tierra y territorio y otros derechos, situación que genera en nuestro país conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado.



RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Modificar la Ley de Consulta Previa N° 29785 y su reglamento D.S. 001-2012-MC, con la participación necesaria de los pueblos indígenas, adecuándola a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

SEGUNDA.- Implementar una institucionalidad sólida, con una estructura estatal adecuada en materia de pueblos indígenas. Esta institucionalidad debe responder a las obligaciones que establecen los artículo 2° y 33° del Convenio N° 169 de la OIT, respecto a la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección de sus derechos y la prevención de conflictos socio ambientales.

TERCERA: Implementar procesos de consulta a medidas administrativas y/o legislativas provistas desde la vigencia del Convenio 169 OIT, que afecten los derechos de los pueblos indígenas, sobre: identidad cultura, educación intercultural, salud intercultural, tierra y territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- AIDSESEP. (2014). *Pueblos indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del convenio 169 de la OIT*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú .
- Andaluz, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Grijley EIRL.
- Antuash, A. (2009). Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazónico del Ecuador. *Tesis*, 82.
- Ballón, F. (2004). *Manual de derecho de los pueblos indígenas y tribales*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Beatriz, M. L. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas; El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Casafranca, H. (2011). *CONSULTA PREVIA: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.
- caso del pueblo Saramanka Vs. Suriname (Corte IDH 28 de noviembre de 2007). Código Procesal Constitucional, ley 28237 (Congreso de la República 31 de mayo de 2004).
- Constitucion Política del Perú , 1993 (Congreso de la República 31 de diciembre de 1993).
- Convenio 169, 169 (Organizacion Internacional del Trabajo 7 de junio de 1989).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas., A/61/295 (Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007).
- FARRAJOLI, L. (2008). *GARANTISMO Y CONSTITUCION*. BARCELONA: TROTTA.
- Gaceta Jurídica. (2005). *La Constitución comentada Tomo I*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Handersson Bady Casafranca Valencia. (2011). *CONSULTA PREVIA: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.
- Handersson Casafranca Valencia, Y. A. (2011). *CONSULTA PREVIA*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.
- Ley de consulta previa, 29785 (Congreso de la Republica 31 de agosto de 2011).
- Ley general de comunidades campesinas, 24656 (Congreso de la República 13 de abril de 1987).
- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (Congreso de la República 3 de octubre de 2005).

- Molleda, J. C. (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Guía para los periodistas*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Molleda, J. C. (2012). *Análisis y comentarios de la ley de consulta*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Molleda, J. C. (2013). *Guía del litigio constitucional*. Lima: Biblioteca Nacional de Perú.
- Molleda, J. R. (2011). *Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- organizaciones indígenas amazónicas y andinas del Perú. (2013). *Informe Alternativo 2013, sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Lima.
- Organizaciones Indígenas que conforman el Pacto de Unidad. (2013). *Perú: Informe Alternativo 2013 sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Reglamento de la Ley de Consulta Previa, D.S. N° 001-2012-MC (Ministerio de Cultura 02 de abril de 2012).
- Rodriguez, A. V. (2012). consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: análisis y propuesta de legislación. *Tesis*, 94.
- Salmón, B. O. (2012). *La Consulta Previa, libre e informada en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Salmón, E. B. (2012). *La Consulta Previa, libre e informada en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Sandoval, H. C. (2013). *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector hidrocarburos en el Perú*. Lima: S/N.
- Sentencia 00022-2009-PI, 00022-2009-PI (Tribunal Constitucional 09 de junio de 2010).
- Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, Exepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).
- Sentencia Sarayaku (Corte IDH 27 de junio de 2012).

ANEXOS**ANEXO 01****PROPUESTA LEGISLATIVA****1. - EXPOSICION DE MOTIVOS.-**

En nuestro sistema jurídico urge la necesidad de brindar seguridad jurídica para las víctimas de la aplicación de la Consulta previa ya sea a través de Norma internacionales como nacionales, mediante los juzgados y tribunales constitucionales. En ese sentido urge la necesidad de optimizar una correcta aplicación de las normas que tienen rango constitucional como lo manda nuestra carta magna, en el sentido de que existe equivalencia entre normas internacionales conjuntamente con la constitución política del Estado.

En ese sentido tanto la ley de la Consulta Previa y su Reglamento, no han sido lo suficientemente claros en cuanto a que hay que considerarlo prioritario y de obligatorio cumplimiento, existiendo de por medio mucha desidia, desconocimiento y renuencia de parte de los operadores de justicia para su cabal cumplimiento, lo que trae a su vez como consecuencia que no exista una justicia en nuestro país referido a la realización o ejecución de la Consulta Previa.

Por lo que tiene que ser a través del mandato constitucional que se encuentra respaldado por el principio de Supremacía constitucional que debe tratar de corregirse esta situación y en lo posible hacer que se cumpla y sea haga efectivo el Estado Constitucional de Derecho.

De esta forma el cuidado que compromete a toda una sociedad como al Estado respecto a disminuir las injusticia sociales, así como el de hacer que se erradique la

violencia como un mal casi endémico que se viene institucionalizando en nuestro país, debe parar, debe evitarse, pero con una normatividad puntual, clara e imperativa que amerite en su praxis encontrar eficacia y justicia verdadera.

En ese sentido proponemos en forma puntual que puedan agregarse a nuestra Constitución Política del Perú, en la parte de Disposiciones finales el articulado referido a tomar medidas, dotándola de veracidad y eficiencia al momento de aplicar adecuadamente la norma legal.

2.- ANALISIS COSTO-BENEFICIO.-

La aprobación de esta iniciativa legislativa no ocasionará costo alguno del erario nacional, por cuanto, no incide directa o indirectamente en el presupuesto de la República. Por el contrario, busca mejorar, los mecanismos que garanticen la protección de los compatriotas como son los indígenas- amazónicos de los andes. Con mayor seguridad jurídica y procurando una mayor dinámica de justicia real e integral.

3.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.-

El presente proyecto tiene como finalidad asegurar una correcta aplicación de la ley y el Reglamento de la Consulta Previa a fin de proteger a la persona humana que es fin de la Sociedad y del Estado de acuerdo al Artículo primero de nuestra Constitución Política del Estado.

4.- FORMULA LEGAL.-

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU:

HA DADO LA LEY SIGUIENTE.

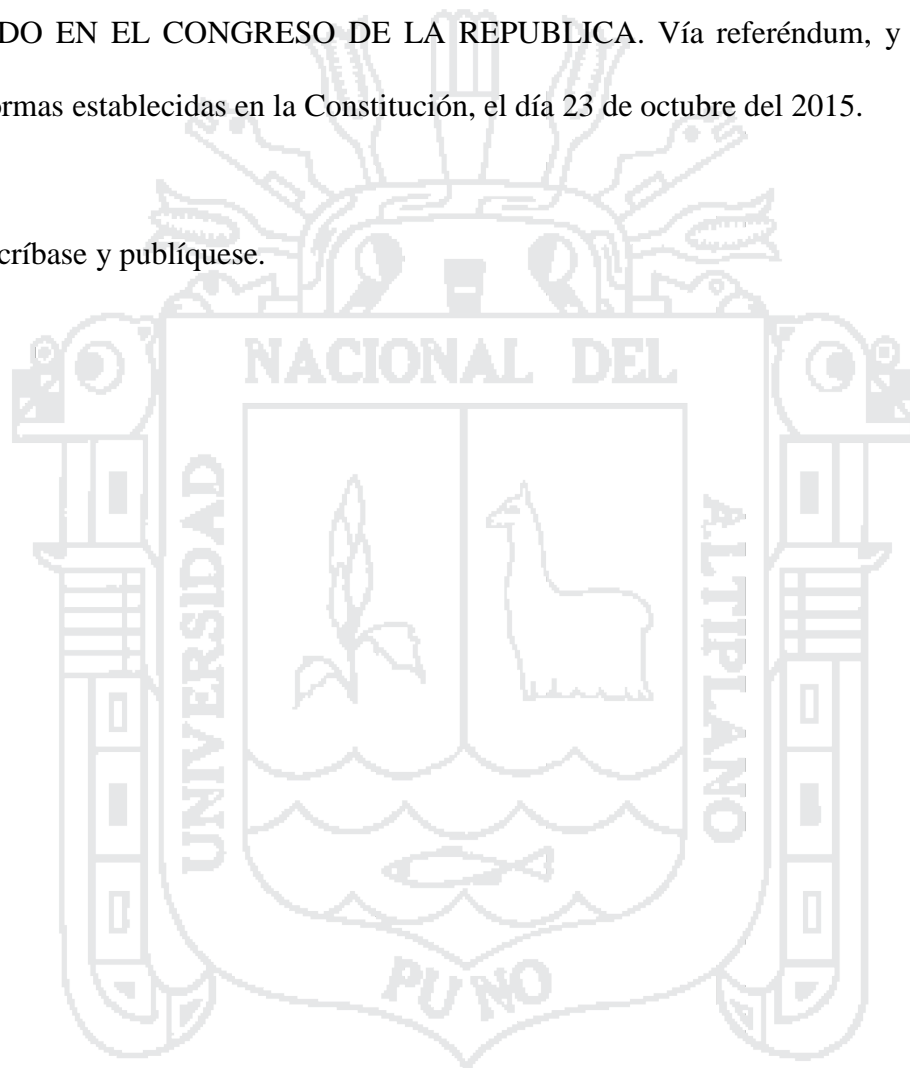
Artículo 1

Agréguese el siguiente artículo:

“Los Jueces de todos los niveles, Fiscales, y operadores de justicia deben priorizar el cumplimiento de las normas internacionales y nacionales de rango constitucional en forma obligatoria, y bajo apercibimiento de procesarles disciplinariamente por inconducta funcional y desobediencia a la Ley”.

DADO EN EL CONGRESO DE LA REPUBLICA. Vía referéndum, y conforme las reformas establecidas en la Constitución, el día 23 de octubre del 2015.

Suscríbase y publíquese.



ANEXO 02: Matriz de consistencia.

Planteamiento del Problema	Hipótesis	Objetivos	Variables	Indicador	Métodos	Técnicas	Instrumentos
<p>1. ¿La promulgación de normas internacionales y nacionales a favor de los pueblos indígenas y la consulta previa, que aspectos relevantes contiene y por qué no es correctamente aplicable la Ley y reglamento de la consulta previa en el Perú?</p>	<p>El débil conocimiento de las normas sobre consulta previa, trae consigo la inaplicabilidad cabal de las mismas en el Perú. Conocer las causas y consecuencias de la inaplicabilidad de dichas normas en el Perú. Debe impulsarse un marco legal, una toma de conciencia a partir de la valoración de los derechos indígenas.</p>	<p>Objetivo General. Determinar los aspectos más importantes de las normas nacionales y extranjeras sobre consulta previa y derechos indígenas y su aplicabilidad.</p>	<p>1.- Doctrina de Derecho Indígena y consulta previa 2.- Aplicación de las normas Internacionales y nacionales sobre consulta previa. 3.- Doctrina y jurisprudencia jurídica, y alternativas de solución.</p>	<p>Derechos Indígenas. Jurisprudencia nacional. Aspectos dogmáticos. Jurisprudencia Internacional.</p>	<p>Cualitativo, Exegético, Dogmático, Analítico.</p>	<p>Observación, Interpretación, y Argumentación.</p>	<p>Fichas de Observación,</p>

ANEXO 03

ARTÍCULO CIENTÍFICO

MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: PRINCIPIOS, CASOS DE CONSULTA PREVIA Y CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES.Rubén Davila Quispe¹**RESUMEN.**

La normativa internacional, a través del Convenio 169 de la OIT, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 2007; han regulado los derechos indígenas. En nuestro país, la Ley de la Consulta previa y su respectivo reglamento, han materializado esta regulación. El objetivo de este documento, fue describir los principios de consulta previa en el marco normativo nacional e internacional, y en jurisprudencia; describir casos donde se aplicó y no se aplicó la Ley de Consulta Previa; así como, describir los conflictos socioambientales. Deducimos, los principios de Oportunidad, Interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna de la Ley de Consulta Previa; principios contenidos en la jurisprudencia, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia e implementación previa del proceso de consulta; los artículos 6, 7 y 15 del convenio 169 OIT como principios. Conseguimos analizar 15 casos donde se aplicó la Ley de Consulta y 6 casos solicitados por los pueblos donde no se aplicó la Ley de Consulta. También se logró analizar el aumento de los conflictos socioambientales. Es así que existen muchas contradicciones, avances y retrocesos en la aplicación de la Ley de Consulta Previa, puesto que se trata de indecisiones políticas, así como el aumento de los conflictos socioambientales frente a los proyectos inconsultos. Hemos abordado el presente trabajo con el método cualitativo, mediante la técnica de análisis documental.

PALABRA CLAVE

¹ * *Bachiller en Derecho por la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano*

Consulta Previa, Realidad de los Pueblos Indígenas, Institucionalidad Indígena, conflicto socioambientales, criminalización de los Pueblos Indígenas, territorio y recursos naturales.

ABSTRACT

The present work on framework normative of consultation prior, was made with standards of them rights indigenous. Through Convention 169 of the ILO, likewise with the Universal Declaration of human rights of the year 2007, other standards that have occurred in our country, as the law of prior consultation and its respective rules. The objective was describe them principles of consultation prior in the framework regulatory national e international, and in jurisprudence; describe cases where applied and did not apply the law of prior consultation; as well as, describe the conflicts socio-environmental. We were able to analyze the principles of opportunity, interculturality, good faith, flexibility, reasonable time, absence of coercion or conditioning and timely information of the law of prior consultation; principles contained in the case-law, aimed at reaching an agreement, transparency and prior implementation of the consultation process; articles 6, 7 and 15 of the 169 ILO Convention. Got analyze 15 cases where is applied the law of consultation and 6 cases requested by those peoples where not is applied the law of consultation. Also were analyzing the increase of socio-environmental conflicts. Is so there are many contradictions, advances and setbacks in the application of the law of consultation prior, since isis of indecision political, as well as the increase of them conflicts socio-environmental front them projects embers. We have addressed this work with the qualitative method, using the technique of documentary analysis.

KEY WORD

Consultation prior, reality of them peoples indigenous, institutions indigenous, conflict environmental, criminalization of those peoples indigenous, territory and resources natural.

INTRODUCCION.

Los pueblos del mundo, reunidos en la Organización Internacional del Trabajo dieron a luz el Convenio 169 de la OIT, donde se reconoce a los pueblos indígenas y se establece que deben ser consultados. Posteriormente, en el año 2007 la Organización de las Naciones Unidas, aprueba la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, donde se reconoce un marco internacional, los principios y derechos de los pueblos indígenas al mismo nivel de los Derechos Humanos. Ulteriormente, en Perú después de graves conflictos socioambientales se expidió la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo (Ley N° 29785), y su respectivo reglamento Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

En nuestro país el ejercicio de los principios y normas del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, es restringido. Por ello, este trabajo es para valorar las normas tanto nacionales e internacionales, que deberían irse aplicando en forma efectiva en todo el país, con miras de prevenir y disminuir los conflictos socioambientales.

Así pues, como objetivo nos hemos propuesto: describir los principios sobre consulta previa en la normativa nacional e internacional, y en jurisprudencia. Así también nos propusimos describir casos donde se aplicó y no se aplicó la Ley de Consulta Previa. Finalmente nos hemos planteado describir los conflictos socioambientales.

La importancia de este trabajo se trasunta en la reivindicación de la población Indígena en el Perú y su permanente exclusión. Así también, la frecuencia cada vez mayor de los conflictos sociales en el Perú, especialmente de carácter socioambiental, en el que los principales protagonistas son los pobladores rurales, en su mayor parte indígenas, que no contarían con mecanismos eficaces de participación. Desde luego, este trabajo está orientada a establecer que la consulta previa sea un mecanismo que pueda evitar la conflictividad, por un lado, porque significaría la posibilidad de los Pueblos Indígenas a participar en las decisiones que les afecten directamente y, por otro, porque permitiría obtener a los inversores una “licencia social” para efectuar sus actividades con total legitimidad.

MARCO TEORICO

PUEBLOS INDÍGENAS

A efectos del presente trabajo de investigación es necesario, conocer qué se entiende por pueblos indígenas o poblaciones indígenas, Casafranca nos aporta con la siguiente definición:

“Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disímiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad, están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Esta continuidad histórica, puede consistir en la persistencia durante un largo período de tiempo y hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: Ocupación de territorios ancestrales o parte de ellos, Linaje en común con los ocupantes originales de esos territorios, Cultura en general o en manifestaciones específicas (como son religión, sistema tribal de vida, afiliación a una comunidad indígena, indumentaria, modo de subsistencia, estilo de vida, etc.), Lenguaje (tanto si es utilizado como lenguaje único, lengua materna, medio habitual de comunicación en el hogar o en familia o empleado como lengua principal, preferida, habitual, general o normal), Residencia en ciertas partes de su país o en ciertas regiones del mundo, y otros factores relevantes. Es decir, son Pueblos Indígenas los pueblos originarios que existían antes de la conquista y antes de que existieran los actuales Estados y que mantienen conjuntamente una continuidad histórica. Aunque hoy no constituyan un sector dominante en las sociedades en las que viven, están decididos a seguir siendo pueblos plenamente identificados y a dejar a sus descendientes su territorio y su identidad cultural para seguir existiendo como pueblos.” (Casafranca, Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia., 2011)

Para Elizabeth Salmón, 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, dando 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. (Salmón B. O., 2012)

Para Carlos Andaluz, 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, usualmente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana. (Andaluz, 2009)

Para Elisabeth Salmón, 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. 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. (Salmón B. O., 2012)

Para Bárbara Lehnebach, 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 quechua hablantes (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. (Lehnebach, 2014)

Para Elisabeth Salmón, en la actualidad muchas de las comunidades campesinas cumplen con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se les considere pueblos indígenas. (Salmón E. B., 2012)

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 distintas, siendo el pueblo asháninka el mayor. 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), lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas. (Salmón E. B., 2012)

Juan Carlos Ruiz Molleda sintetiza el concepto de pueblos indígenas así; “Para comenzar, debemos precisar que el concepto de pueblos indígenas en el Perú comprende fundamentalmente a la población que habita en las comunidades campesinas y nativas, así como a aquellos pueblos amazónicos en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial” (Molleda J. C., 2011)

Son pueblos indígenas aquellos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, cuyo origen tiene lugar en este país o región, que conservan todas o algunas de sus instituciones distintivas, y que, además, poseen una identidad colectiva y originaria, estos pueblos están organizados en forma de comunidades campesinas en la sierra y costa peruana, en la selva peruana comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

CONSULTA PREVIA

El derecho a la consulta constituye una garantía de índole procesal que debe asegurar que se escuche y se tome en cuenta la posición de esos pueblos antes de modificar su situación. Es un principio fundamental para eliminar el enfoque integracionista de las políticas

anteriores. Los derechos a la consulta previa y a la participación constituyen “la piedra angular del Convenio [169]” que permite, por la institucionalización del diálogo, garantizar todos los demás derechos de los pueblos indígenas, contribuyendo asimismo a prevenir y resolver conflictos de intereses al beneficio de la cohesión social en el respeto de la diversidad.(Snoeck, 2012)

El derecho de consulta tiene ciertos elementos mínimos, uno de ellos es la fundamentación. El derecho a la consulta se fundamenta en el reconocimiento del derecho de los Pueblos Indígenas a establecer sus propias prioridades de desarrollo (principio de autodeterminación de los Pueblos Indígenas). Esta característica representa la diferencia sustancial con los mecanismos de participación ciudadana en general, tema que mantiene una serie de discusiones desde sociedad civil y organizaciones de derechos humanos. En cuanto a la definición de la consulta, el derecho a la consulta previa se desprende del derecho a la participación de los Pueblos Indígenas y se materializa en el hecho que la adopción de las medidas legislativas, administrativas y proyectos de desarrollo sean antecedidos de un proceso de diálogo inclusivo, cuya finalidad sea el acuerdo o consentimiento con los dichos pueblos.(Balbín, 2011)

Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones referentes a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración su especial relación existente con la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”, según se dispone en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Beatriz, 2013)

Ruiz Molleda se pregunta ¿Qué es el derecho a la consulta previa?, responde; “Es el derecho que tienen a que el gobierno les consulte antes de tomar una decisión que les pueda afectar directamente. La decisión que deberá ser consultada puede ser de dos clases: administrativa o legislativa. Será una decisión administrativa, por ejemplo, el

otorgamiento de una concesión minera o petrolera. Una decisión legislativa puede ser una ley, un decreto supremo, una ordenanza regional o municipal.”(Molleda J. C., 2011)

La consulta previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, su finalidad es llegar a acuerdos entorno a medidas administrativas o legislativas que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos. Los acuerdos a los que se lleguen en el proceso son de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

DISCUSION Y RESULTADOS

Para la presente evaluación de las normas es necesario explicar los alcances y la jurisprudencia desarrollada al respecto y se hace bajo el amparo de Código Procesal Constitucional que en su artículo V, establece que: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos para los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.(Código Procesal Constitucional, 2004)

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. (Sentencia N° 00007-2007-PI/TC, 2007)

1.- PRINCIPIOS DEL DERECHO A CONSULTA PREVIA

1.1.- DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El artículo 2 de la ley de consulta previa solo protege los derechos colectivos, debiendo proteger todo derecho indígena e invalidar todo acto no consultado a los pueblos. El Convenio N° 169 OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sentencias vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, señalan sobre derechos de los pueblos indígenas, mas no limitan a derechos colectivos.

La Ley de Consulta Previa en la medida en que precisa el contenido del derecho a la consulta previa en su artículo 2, retoma el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. En efecto, el legislador precisa que la consulta procederá cuando se afecten los derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, olvidando los demás derechos colectivos que le pertenece a los pueblos indígenas. El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no restringe a los derechos colectivos. Lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas.

1.2 FINALIDAD DE LA CONSULTA

El Artículo 3 de ley de consulta señala; “La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.”(Ley de consulta previa, 2011)

Al respecto el Convenio 169 OIT en su artículo 6, menciona que la consulta tiene como finalidad llegar a un acuerdo o consentimiento con ello queda ratificado lo estipulado por la ley de consulta(Convenio 169, 1989)

Asi también la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su Artículo 32.2, afirma que la consulta tiene como finalidad obtener consentimiento libre e informado. (DNU DPI, 2007)

El Tribunal Constitucional va más allá del consentimiento, en su jurisprudencia vinculante; sostiene que la consulta no solo es obtener acuerdos, sino es buscar la coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de pueblos indígenas, agrega que los pueblos deberán resultar notoriamente beneficiados.(Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

El artículo 3 de la Ley de Consulta Previa recoge lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, objetivamente introduce una precisión, y es la referencia a que el proceso de diálogo busca proteger los derechos colectivos. Esta restricción resulta peligrosa pues el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la DNU DPI no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. La Ley no reconoce la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, de los pueblos indígenas, en

casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá de lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar.

1.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta artículo 4.literal “a” determina sobre el principio de oportunidad lo siguiente; “El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.”(Ley de consulta previa, 2011)

Al respecto el Convenio N° 169 OIT en Artículo 6, concuerda con la ley de conslta, ya que afirma, que la consulta consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”(Convenio 169, 1989)

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su Artículo 32.2 esclarece que lo Estados celebrarán consultas antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (DNU DPI, 2007)

El Tribunal Constitucional señala que la consulta se debe llevar a cabo en forma previa a la toma de la decisión, deben estar presentes en la discusión del proyecto, con la finalidad de tomar en cuenta su opinión de los pueblos indígenas.(Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que se debe consultar a los pueblos indígenas en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.(Sentencia Sarayaku, 2012)

En la Ley del Derecho a la Consulta no se han recogido todos los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional. Este no solo desarrolla principios en materia de derecho a la consulta sino en otras materias referidas a los derechos de los pueblos indígenas.

El principio de oportunidad comentado es importante, recoge una regla que el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo han desarrollado. El requisito de la oportunidad es un requerimiento que pone a prueba si existe una real

intención de realizar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido.

1.4 PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD

La Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta en su articulado 4, sobre el principio de interculturalidad señala; “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.”(Ley de consulta previa, 2011)

La Constitución Política del Perú 1993 en el artículo 2° determina que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Al respeto agrega en el artículo 89° señalando que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.(Constitución Política del Perú , 1993)

El Convenio N° 169 OIT en artículo 5 aporta señalando que de los pueblos indígenas deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, así también agrega en el artículo 7, señalando que se efectúen estudios a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural de los pueblos indígenas.(Convenio 169, 1989)

Así también con respecto al principio de interculturalidad la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aporta en su artículo 16; señala que los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Así también deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena. (DNUDPI, 2007)

En su jurisprudencia el Tribunal Constitucional señala que el proceso de consulta es diálogo intercultural, dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se entabla un diálogo. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

Debemos señalar que este principio no señala claramente los alcances, para comprender debemos diferenciarlo del principio de multiculturalidad, este supone reconocer que todos somos iguales en dignidad y en derechos, al mismo tiempo somos distintos y tenemos

derechos a ser distintos. Lo que caracteriza al multiculturalismo es el reconocimiento de esta pluralidad, y fundamentalmente del derecho que tiene cada cultura a ser diferente de los demás. Mientras el interculturalismo parte del multiculturalismo, pero no se queda allí, va más allá, considera que estamos llamados a actuar o a interactuar respetuosamente para dialogar y aprender lo mejor de cada uno. Ello también exige de parte del Estado renunciar a su costumbre de imponer su voluntad a los que son diferentes, exigiendo en su lugar articular y armonizar estas diferentes experiencias culturales.

1.5.- PRINCIPIO DE BUENA FE

La Ley del Derecho a la Consulta en artículo 4 literal “c” sobre el principio buena fe señala; “Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.” (Ley de consulta previa, 2011)

Convenio N° 169 OIT en el artículo 6, menciona que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe, la Ley de Consulta Previa guarda coherencia con el Convenio. (Convenio 169, 1989)

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en el artículo 32, Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, así también agrega en el artículo 19, mencionando que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. (DNU DPI, 2007)

Así también el Tribunal Constitucional señala que principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia vinculante señala sobre el principio de buena fe; el establecimiento de “un clima de

confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia.(Sentencia Sarayaku, 2012)

La Ley de Consulta desarrolla el principio más importante del derecho a la consulta, y le exige al Estado una verdadera actitud y voluntad de dialogar con los pueblos indígenas. Esto choca frontalmente con la percepción del Estado y de las empresas de ver a la consulta como un mero trámite o requisito a superar antes de iniciar las actividades extractivas.

1.6 PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

Sobre el principio de flexibilidad la Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa, en el artículo 4 literal “d” señala; “La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.”(Ley de consulta previa, 2011)

El Tribunal Constitucional por su parte va masalla del tiempo y la distancia, señala que el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación.(Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

El principio desarrollado en la ley de consulta no solo viene por el lado de la diferencia cultural de los pueblos indígenas sino también por el lado de las medidas a consultarse. Las medidas administrativas pueden variar unas de otras, igual las medidas legislativas, y pueden afectar de diferentes maneras. Adicionalmente se debe tomar en cuenta las barreras geográficas. Todo ello exige entonces mirar y analizar con cuidado cada caso.

1.7 PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE

Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta en artículo 4 literal “e” dice; “El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer,

reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.”(Ley de consulta previa, 2011)

El Tribunal Constitucional muestra su preocupación respecto a los plazos razonables, indica los pueblos indígenas deben contar con plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran.(Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

Resulta contradictorio al convenio 169 y DNUDPI, el Reglamento de la Ley de Consulta ya que en su octava DCTF señala, cuando la medida es de carácter de urgencia, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento, con ello se viola los convenios internacionales ya que el gobierno puede declarar con carácter de urgencia una medida que afecta a los pueblos.

El principio de respeto trata de respetar los procesos de diálogo y no forzar la consulta. Lo razonable es en buena cuenta un concepto que en cada caso deberá ser precisado, dependiendo de la naturaleza de cada pueblo indígena y de la medida consultada. En ese sentido deberá interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio del plazo razonable. Se debe tener en cuenta que lo razonable deberá de interpretarse en función de la finalidad del proceso de consulta.

1.8 PRINCIPIO DE AUSENCIA DE COACCION O CONDICIONAMIENTO

La Ley del Derecho a la Consulta en el artículo 4 literal “f” señala que la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.(Ley de consulta previa, 2011)

Este principio es convencional ya que el Convenio N° 169 OIT en el artículo 3.2 determina que no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados.(Convenio 169, 1989)

Asi mismo el Tribunal Constitucional menciona que la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es aún mas real, ya que aborda en su sentencia, la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos

paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades, realidad innegable en nuestro país, en la actualidad este principio se quebranta con acuerdos previos donde solo participan autoridades y empresas interesadas. (Sentencia Sarayaku, 2012)

Al respecto Ruiz Molleda señala que: “Esta es una norma que concreta el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT. La referida norma precisa que “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”. Se trata de una regla que es fundamental. Deberá de entenderse que esta coacción puede realizarse no solo a través de medios físicos sino a través de otro tipo de medios más sutiles, que tienen relación con los condicionamientos y que tienen como objetivo burlar, ignorar o torcer la voluntad.” (Molleda J. C., Análisis y comentarios de la ley de consulta, 2012)

1.9 PRINCIPIO DE INFORMACIÓN OPORTUNA

Con respecto a la información oportuna, la Ley del Derecho a la Consulta en el artículo 4 determina; que los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista. Así mismo el Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. (Ley de consulta previa, 2011)

El Tribunal Constitucional señala que la información tendrá que entregarse con anticipación sobre; el tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, y empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. (Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

La ley de consulta previa señala a una de las principales condiciones para que se realice a cabalidad un proceso de consulta. Hay que destacar que se señala que se debe entregar toda la información, que sea necesaria, asimismo, se precisan dos condiciones más: que se brinde desde el inicio y con la debida anticipación. Suponemos para que la medida sea leída y estudiada. Hubiese sido bueno incluir en que ella sea accesible y comprensible, es decir, no solo que esté en términos claros y sencillos.

1.10 SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA

La Ley del Derecho a la Consulta en su artículo 5 señala; “Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.”(Ley de consulta previa, 2011)

Podemos precisar con el artículo 1 del Convenio N° 169 OIT; los pueblos indígenas para ser sujeto del derecho a la consulta previa deben cumplir primero los requisitos ojetivos y luego los requisitos subjetivos.(Convenio 169, 1989)

Finalmente el Tribunal Constitucional aumenta los sujetos del derecho de consulta, del concepto de pueblos directamente afectados por la exploracion o explotación, amplia como sujetos de dercho de consulta a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.(Sentencia N° 06316-2008-PA/ TC, 2009)

La ley de Consulta Previa reitera el Convenio 169 de la OIT, y es que el titular del derecho a la consulta previa son los pueblos indígenas, resulta interesante en la Ley de Consulta Previa que vuelve a agregar de forma más clara, que la consulta solo procederá ante la violación de los derechos colectivos. Sin embargo el Convenio 169 OIT señala derechos de pueblos indígenas mas no limita como la Ley de Consulta derechos colectivos.

2. CASOS DE CONSULTA PREVIA Y CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES.

2.1 CASOS DE CONSULTA PREVIA

En nuestro país tenemos un porcentaje significativo de pueblos indígenas y originarios, es asi el Ministerio de Cultura en Base de Datos Oficial de Pueblos Indigenas señala que tenemos 2547 comunidades nativas ubicadas en la selva peruana, asi también menciona que se tiene 3030 comunidades campesinas en su mayoría quechuas y aymaras, a continuación detallaremos los casos de consulta previa realizados y no realizados a los

pueblos indígenas sobre las medidas administrativas en materia de hidrocarburos y minería.

2.1.1. Casos donde se aplicó la Ley de Consulta Previa

Proceso de consulta por el Lote 169, 195, 164, 175, 189, 181, 157, 191, 165, 190, 177, 198, 197, consulta de la Política Sectorial de Salud Intercultural, Consulta del Reglamento de Ley Forestal y de Fauna Silvestre y el proceso de Consulta de Categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional. (CAAAP, 2015)

2.1.2. Casos donde no se aplicó la Ley de Consulta Previa.

Sobre Lote 156, la comunidad campesina de Sajo distrito de Pomata solicitan consulta previa, PERUPETRO desestimó el pedido; En caso del Lote 116, 73 comunidades de los pueblos AwajúnWampis reclaman consulta previa, MINEM rechazó la Solicitud; Así también los Lotes 31B y 31D, en departamento de Loreto, se ha extendido por diez años la vigencia de contrato; El Proyecto de Hidrovía Amazónica se implementaría en el río Marañón, PROINVERSION y MTC negaron consulta. Mediante demanda de amparo se logró suspender el proyecto Hidrovía Amazónica.(Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas y AIDSESEP, 2014)

En departamento de Puno DREM anunció consulta previa a las comunidades campesinas Trapiche y Cajón Huyo, del distrito de Ananea, sobre el proyecto minero CHIQUITOSA-A, hasta el momento no hay ningún avance. (Carta Defensoria del Pueblo).

Viendo la demanda de consulta de pueblos y teniendo un marco normativo nacional e internacional sobre consulta previa, queda demostrado que el gobierno en sus diferentes niveles no tiene voluntad política para realizarlos. Ya que, al respecto del lote 156 la Viceministra de Interculturalidad, Patricia Balbuena, señala que el contrato de concesión se otorgó antes de la norma, la cual no es retroactiva; "No podemos hacer que la ley sea retroactiva", agrega argumentando que, "la ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana."(Balbuena, 2014). Es así en mayor parte de las concesiones de hidrocarburos y mineros, no se realiza el proceso de consulta previa, justificando en normas infraconstitucionales y totalmente contradictorios al Convenio 169

de la OIT, a la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y a la Constitución Política del Perú; queda claro la vulneración del derecho constitucional a consulta previa, ya que la CDFC de la Constitución determina; “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” (Constitución Política del Perú, 1993)

2.2 CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

Los conflictos en Perú, el año 2004 alcanzaban a 4 regiones del país, en el 2005 pasan a ser 7 regiones, el año 2006 superan a 12, durante el 2007 se eleva a 15, en el 2008 alcanzaron a 19 regiones, en el 2009 a 23 y en el 2010 aumentó a 24 regiones.

En 2011 los conflictos socio ambientales constituyen el 41.7%; en el año 2012 el 70.9%, 105 casos corresponde a conflictos relacionados con la actividad minera y 16 casos de Hidrocarburos; en el 2013 los conflictos socioambientales ocupan el 65,9% con 147 casos.

En 2014 Defensoría del Pueblo reportó 133 conflictos socioambientales activos y latentes y el 2015 se reporta 143 conflictos socioambientales el 63,6% (91 casos actividad minera). Los conflictos sociales en el Perú se aumenta desde el año 2004, paralelamente las concesiones mineras y de hidrocarburos, también van aumentando, queda demostrado que los conflictos socioambientales son a raíz de las concesiones inconsultas.

CONCLUSIONES

La ley de consulta previa desarrolla los principios de: Oportunidad, Interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna. El Tribunal Constitucional agrega los principios de; objetivodealcanzar un acuerdo, transparencia e implementaciónprevia del proceso de consulta. Así también el Convenio 169 de la OIT en los artículos 6, 7 y 15 precisa los principios de consulta previa.

Desde la puesta en vigencia de la Ley de Consulta Previa y teniendo el porcentaje de pueblos indígenas, solo se consultaron y/o están en proceso de consulta los casos relatados en hidrocarburos, sin embargo en sector de minería no se realizó ninguna consulta, quedado demostrado que no hay un cabal cumplimiento de toda la normatividad sea internacional y nacional en nuestro país. Más aún no existe un real compromiso del Estado y de los poderes públicos como el Poder Judicial y Ejecutivo que realmente por un lado tengan conciencia de cumplir la Ley de consulta previa y su Reglamento a pesar de que saben que tienen rango constitucional y es de aplicación prioritaria, y en segundo lugar de preservar actitudes de exclusión hacia los pueblos indígenas y originarios.

La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven acabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si secumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos socioambientales.

Bibliografía

- AIDSESEP. (2014). *Pueblos indígenas del Perú: Balance 2014 sobre el cumplimiento del convenio 169 de la OIT*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú .
- Andaluz, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Grijley EIRL.
- Balbín, C. G. (2011). *Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: ¿Cambios Legales, Cambios reales?* Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Beatriz, M. L. (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas; El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- CAAAP. (marzo de 2015). *Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica*. Obtenido de Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica: www.caaap.org.pe
- Casafranca, H. (2011). *Consulta Previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: J&O Editores Impresores SAC.
- Código Procesal Constitucional, ley 28237 (Congreso de la República 31 de mayo de 2004).
- Constitucion Política del Perú , 1993 (Congreso de la República 31 de diciembre de 1993).
- Convenio 169, 169 (Organizacion Internacional del Trabajo 7 de junio de 1989).
- Defensoria del Pueblo. (2015). *Reporte de Conflictos sociales*. Lima.
- DNUDPI, A/61/295 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007).
- Ley de consulta previa, 29785 (Congreso de la Republica 31 de agosto de 2011).
- Molleda, J. C. (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Guía para los periodistas*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Molleda, J. C. (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas*. Lima: Biblioteca Nacional de Perú.
- Molleda, J. C. (2012). *Analisis y comentarios de la ley de consulta*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

- Organizaciones que conforman el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas y AIDSESEP. (2014). *Pueblos indígenas del Perú: balance 2014 sobre el cumplimiento del convenio 169 de la oit*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú .
- Reglamento de la Ley de Consulta Previa, D.S. N° 001-2012-MC (Ministerio de Cultura 02 de abril de 2012).
- Salmón, E. B. (2012). *La Consulta Previa, libre e informada en el Perú* . Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Sentencia N° 00007-2007-PI/TC, 00007-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2007).
- Sentencia N° 03343-2007-PA/TC, 03343-2007 (Tribunal Constitucional 19 de febrero de 2009).
- Sentencia 00022-2009-PI, 00022-2009-PI (Tribunal Constitucional 09 de junio de 2010).
- Sentencia N° 00025-2009-PI/TC, 00025 (Tribunal Constitucional 17 de marzo de 2011).
- Sentencia N° 06316-2008-PA/ TC, 06316 (Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2009).
- Sentencia Sarayaku (Corte IDH 27 de junio de 2012).
- Snoeck, S. (2012). *Análisis y recomendaciones para el cumplimiento de los derechos a la consulta, territorio y recursos naturales a la luz del Derecho internacional*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

ANEXO 04

FICHA DE OBSERVACION.

Libros.

Libro:.....

Página:.....Editorial:.....

Fecha:..... Otro:.....

OBSERVACIONES:.....

.....
.....
.....
.....

Puno, Noviembre del 2015.

FICHA DE OBSERVACION.

Jurisprudencia.

Sentencia:..... Caso:.....

Tribunal:..... Tiempo:.....

Fecha:..... Otro:.....

OBSERVACIONES:.....

.....
.....
.....
.....

Puno, Noviembre del 2015.