



LA LEY DE CONSULTA PREVIA Y SU REGLAMENTO EN EL PERÚ

**Análisis desde la perspectiva del
Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

DOCUMENTO DE TRABAJO

Lima, 16 de julio de 2012.

LA LEY DE CONSULTA PREVIA Y SU REGLAMENTO EN EL PERÚ

Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DOCUMENTO DE TRABAJO

Introducción; 1. Los titulares del derecho a la consulta previa: el concepto de “pueblos indígenas y tribales”; 1.1 Criterios objetivos y subjetivos: estándares impuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 1.2 Ámbito de aplicación del Derecho interno peruano: alcances y deficiencias; 1.2.1 La LCP y su Reglamento: la exclusión de los pueblos tribales y el problema de las Comunidades Campesinas y Nativas; 1.2.2 La Base de Datos Oficial: restringiendo los alcances de la LCP y su Reglamento; 2. Derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 2.1 Relación “especial” de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios: la base material necesaria para su subsistencia económica, social y cultural; 2.2 El papel del derecho de propiedad en la protección de los pueblos indígenas y tribales: garantías de supervivencia como colectivo con una identidad étnica propia; 2.3 El derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios: los recursos necesarios para asegurar la supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida; 2.4 El derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la adopción de medidas que afecten sus intereses; 2.4.1 Alcances del derecho a la consulta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 2.4.1.1 Finalidad de la consulta; 2.4.1.2 Oportunidad y materias objeto de la consulta; 2.4.2 El derecho a la consulta previa en nuestro Derecho interno: falta de precisión sobre la “oportunidad” en la LCP y su Reglamento y medidas excluidas indebidamente; 2.5 Condiciones para la exploración y explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 2.6 El derecho específico y limitado de los pueblos indígenas y tribales a dar su consentimiento previo, libre e informado; 2.6.1 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reglas relativas a los planes de desarrollo o de inversión “a gran escala” que tengan un impacto “significativo”; 2.6.2 ¿Existe el derecho a emitir el consentimiento previo en el Derecho interno?: las salvaguardas de la LCP y su Reglamento; 2.7 La obligación estatal de revisar las medidas adoptadas sin haber cumplido con las garantías del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales; 3. Reglas sobre el desarrollo del procedimiento de consulta; 3.1 Obligaciones internacionales en torno a la forma cómo debe desarrollarse el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales; 3.2 El procedimiento de consulta previa en nuestro Derecho interno; 3.2.1 Primer tramo del proceso de consulta: regulaciones de alcances discutibles y de difícil aplicación práctica; 3.2.2 Las reuniones preparatorias: sólo para algunas colectividades; 3.2.3 Contenido unilateral y mandatorio del plan de consulta; 3.2.4 La “etapa” de publicidad de la medida a consultar: ¿un “acto” de entrega?; 3.2.5 Regulaciones sobre la etapa de información que debieran mejorarse; 3.2.6 La etapa de evaluación interna y emergencia del plazo como tendencia constrictiva; 3.2.7 La etapa de diálogo y evidencia definitiva de la extrema rigidez del plazo; 3.2.8 El control estatal de la suspensión y la terminación de la consulta durante la etapa de diálogo, sin mecanismos de garantía de igualdad entre las partes; 3.2.9 La obligatoriedad de los acuerdos parciales: una precisión correcta pero aún insuficiente; 4. A manera de conclusión; Anexo: referencias jurídicas utilizadas.

Introducción

Que el derecho a la consulta a los pueblos indígenas y tribales es un derecho fundamental, es actualmente una afirmación concluyente. En efecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en su sentencia del 8 de junio de 2011, recaída en el expediente N° 00725-2010-PC/TC, claramente dispuso lo siguiente: “En diversas oportunidades, este Tribunal ha

hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]¹. En ese sentido, no cabe duda del rol preponderante que cumple dicho derecho dentro de nuestro sistema jurídico: al ser un derecho fundamental, no sólo se constituye en un mecanismo de defensa en manos de sus titulares, a los efectos de rechazar intervenciones (o abstenciones) arbitrarias del Estado o de otros particulares (la función subjetiva), sino también pasa a formar parte de los criterios de validez material previstos por nuestro ordenamiento para evaluar la actuación de todos los poderes públicos y privados (la función objetiva)².

Lo dicho en el párrafo precedente, da cuenta de lo relevante de la tarea de identificar el contenido normativo del derecho en cuestión (de esto dependerá el desarrollo de las funciones antes señaladas) e, indudablemente, ello nos lleva a la problemática cuestión de la interpretación constitucional. ¿Cómo hacer, entonces, para determinar los alcances del derecho fundamental a la consulta? Sin perjuicio de la utilidad que los diversos métodos de interpretación nos pueden ofrecer (el literal, el teleológico, el histórico, el sistemático, etc.), el propio TC, en su sentencia del 8 de noviembre de 2005, recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, claramente dispuso lo siguiente: “Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”³. Tampoco cabe duda, entonces, que el método adecuado para interpretar el sentido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, será recurrir al texto de los tratados internacionales que sobre la materia existan y, sobre todo, a la opinión que de los mismos hubieran emitido sus órganos de control, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁴.

¹ STC del 8 de junio de 2011, Exp. N° 00725-2010-PC/TC, fundamento 20 (el subrayado es nuestro). Este argumento no excluye las razones de índole moral que justifican la inclusión de este derecho dentro del catálogo de los derechos humanos, las mismas que giran en torno a los principios de dignidad, libertad e igualdad.

² Cfr. STC del 11 de julio de 2005, Exp. N° 3330-2004-AA/TC, fundamento 9.

³ STC del 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 23 (el subrayado es nuestro).

⁴ Esta posición privilegiada de la jurisprudencia de la Corte IDH en nuestro ordenamiento, se desprende de lo dicho por el TC en la sentencia del 17 de abril de 2001, recaída en el expediente N° 0218-2002-HC/TC: “de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por

Pues bien, el presente trabajo, a los efectos de proponer una respuesta al problema planteado, tiene por objetivo delimitar los contornos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH)⁵. Es por esta razón que, para elaborar este documento, se han utilizado como insumos principales: (i) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (en adelante, C169 OIT) y, lógicamente, las opiniones que sobre el mismo ha emitido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones de dicha organización internacional (en adelante, CEACR); y (ii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y, en especial, la ya vasta jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas. Asimismo, sin desconocer su carácter no vinculante u obligatorio para los Estados, también se ha recurrido, cuando ha sido necesario: a) a los informes temáticos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH), y b) a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007, en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de la ONU (en adelante, la Declaración). Se ha hecho ello porque, sin negar su carácter de *soft law*, dichos instrumentos son prueba de las tendencias que actualmente se están construyendo en el DIDH.

Pero no sólo ello, también ha sido objeto central de análisis la normativa interna que, a la fecha, se ha podido identificar sobre la problemática cuestión de los pueblos indígenas. A estos efectos, se ha centrado la mirada: (i) en la importante jurisprudencia del TC sobre esta materia, (ii) en la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (en adelante, LCP), y (iii) en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC (en adelante, el Reglamento). Además de describir cuáles son los reales alcances de nuestro Derecho interno (es decir, cuál es el Derecho vigente), se ha realizado este esfuerzo con el objetivo de poner de manifiesto: a) los aciertos de la LCP y su Reglamento (que los tienen), b) las incompatibilidades existentes entre éstas y las reglas impuestas desde el DIDH, y c), por supuesto, las contradicciones internas que pudieran presentarse entre la jurisprudencia del TC y la normativa sobre consulta previa.

A fin de cumplir con estos objetivos, este trabajo ha sido dividido en cuatro partes. La primera, estudia el ámbito subjetivo del derecho fundamental a la consulta y, como tal, respondiendo a la pregunta ¿quiénes son los titulares del mismo?, persigue fijar algunos criterios para

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (Fundamento 2) (el subrayado es nuestro).

⁵ Por lo demás, esta opción metodológica responde al hecho de que el Estado peruano es signatario de una serie de instrumentos vinculantes de Derecho internacional y, como tal, todos ellos en conjunto forman parte de nuestro Derecho interno tal como lo señala el artículo 55° de la Constitución.



identificar a los pueblos indígenas y tribales *en la realidad*. El segundo acápite, profundiza en las medidas de protección establecidas en favor de los titulares del derecho a la consulta y, por ende, es ahí donde se determina cuál es el contenido normativo u obligatorio del mencionado derecho (aspecto central, en este punto, es evaluar si existe o no el deber de obtener el consentimiento previo o, lo que es lo mismo, si los pueblos en mención cuenta con “derecho de veto”). En la tercera parte, luego de pasar revista a las escasas reglas previstas en el DIDH sobre el desarrollo del procedimiento de consulta, se hace un análisis pormenorizado de nuestra legislación interna en relación con esta materia. Al finalizar el documento se presentan unas breves reflexiones a manera de conclusión. Es conveniente resaltar que, al interior de cada punto, primero, se estudian las disposiciones correspondientes del Derecho Internacional y, a la luz de las mismas, luego se somete a crítica a las normas jurídicas internas que versan sobre la materia en cuestión. Como se dijo, el objetivo de hacer ello es poner de manifiesto tanto los aciertos como las deficiencias de la LCP y su Reglamento.

Antes de empezar, es necesario destacar que este documento es un conjunto de reflexiones que planteamos a la discusión, fruto del debate interno del equipo de consulta previa de COMISEDH integrado por Pablo Rojas Rojas, Hugo Rodríguez Brignardello, Ernesto Aguinaga Meza y Miguel Huerta Barrón.

1. Los titulares del derecho a la consulta previa: el concepto de “pueblos indígenas y tribales”

El derecho a la consulta previa no es un derecho humano de alcance general (o universal). En efecto, por la forma cómo ha sido recogido en el DIDH, se puede afirmar que el mismo no está atribuido a todos los seres humanos *por el sólo hecho de serlo* (tal como el derecho a la vida, a la integridad física o las libertades personales) o *por ocupar alguna posición concreta pero abierta a cualquier persona* (tal como los derechos políticos, las garantías judiciales o los derechos laborales), sino únicamente a una categoría especial (y cerrada) de sujetos colectivos: los pueblos indígenas y tribales. Basta para confirmar ello, con realizar una lectura somera del ámbito de aplicación subjetivo del C169 OIT que, a la letra, dispone que dicho instrumento internacional es de aplicación, no a cualquier individuo o grupo de personas, sino solamente a los colectivos humanos que pueden ser calificados como *indígenas o tribales*⁶. Es por esta razón que, antes de determinar cuál es el contenido del derecho a la consulta previa, es indispensable identificar a los sujetos titulares del mismo o, en todo caso, establecer los criterios en virtud de los cuales podrá ser abordada esa tarea.

En lo que sigue, estudiaremos, primero, cuáles son las condiciones previstas en el DIDH para ser considerado pueblo indígena o tribal y, sobre todo, si las mismas han sido recogidas cabalmente por nuestra legislación interna.

1.1 Criterios objetivos y subjetivos: estándares impuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el DIDH no existe una definición inequívoca sobre el concepto pueblos indígenas y tribales. No obstante, tal como ha señalado la OIT, existen elementos objetivos y subjetivos que nos sirven para determinar cuándo un grupo tiene esa condición⁷. En efecto, el C169 OIT, apelando a dichos criterios, tan sólo se limita a describir los rasgos que deben satisfacer los pueblos mencionados, a los efectos de determinar si les son aplicables o no sus disposiciones. Así, de acuerdo con dicho instrumento, se entiende:

⁶ Cfr. Artículo 1º del C169 OIT. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: “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” (STC del 17 de marzo de 2011, Exp. N° 00025-2009-PI/TC, fundamento 22, el subrayado es nuestro).

⁷ Cfr. OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pp. 9-10 [disponible: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf].

- (i) Que un pueblo es “tribal” si, de un lado, presenta condiciones sociales, culturales y económicas que le distinguen de otros sectores y, de otro, está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; y,
- (ii) Que un pueblo es “indígena” si, de un lado, desciende de las poblaciones que habitaban en el territorio de los Estados en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y, de otro, conserva todas, o parte, de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

En ambos casos, además de estos criterios eminentemente objetivos, se añade un elemento que, en palabras del propio C169 OIT, debe ser considerado *fundamental*: la auto-conciencia del grupo de poseer una identidad indígena o tribal⁸.

Es conveniente realizar algunas precisiones. Como se puede apreciar, para que un grupo sea considerado “indígena” se exige que los mismos desciendan de las poblaciones originarias de los Estados, es decir, que habitaban dichos territorios antes de la conquista o de la colonización. De acuerdo con la OIT, este requisito abarca los elementos “continuidad histórica” y “conexión territorial”. En tal sentido, se entiende que dichos pueblos tienen la condición de indígenas porque, al descender de los pueblos originarios, son sociedades anteriores a la conquista o la colonización (continuidad histórica) y porque sus ancestros habitaban el país o la región correspondiente (conexión territorial)⁹. Sin embargo, para que un grupo sea considerado “tribal” no se exige la presencia del requisito objetivo de la “descendencia”. Ello es así porque, como dijo la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes (...), identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”¹⁰. Esto quiere decir, entonces, que para formar parte del ámbito de aplicación subjetivo del C169 OIT, no es imprescindible que el grupo en cuestión proceda de las poblaciones oriundas u originarias de los Estados, siempre que la colectividad respectiva cumpla con los requisitos que la identifiquen como pueblo tribal.

Pero no sólo eso, como se dijo, para el C169 OIT el criterio de la auto-conciencia es fundamental. ¿Esto qué implica? La Corte IDH, en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ha señalado que “no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica

⁸ Cfr. Artículo 1º del C169 OIT.

⁹ Cfr. OIT. Op. Cit., p. 9.

¹⁰ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 79 (el subrayado es nuestro). El pueblo Saramaka no es oriundo u originario de Surinam ya que desciende directamente de los esclavos africanos que fueron llevados a la fuerza y que lograron escapar hacia los bosques del interior del país.

(...) de la comunidad” ya que este proceso “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”, razón por la cual “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique”¹¹. Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio auto-conciencia en realidad habría que entenderlo como “auto-identificación” y, por tanto, como sostiene la Comisión IDH, que corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarla o controvertirla¹². ¿Esto quiere decir que el criterio subjetivo prevalece frente al objetivo?

Sobre la base de lo señalado en el párrafo precedente, es posible sostener que la calificación como pueblo indígena o tribal es algo que atañe fundamentalmente –o, incluso, exclusivamente– a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan interferir en el proceso o contestar sus resultados. En apoyo de esta interpretación puede citarse lo señalado por la Declaración que, en todo su articulado, prescinde de los elementos objetivos y tan sólo se limita a señalar que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”¹³. Es decir, tomando como referencia sólo la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede concluir que se les reconoce a los propios pueblos (y no a sus miembros individualmente considerados) la potestad de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad étnica indígena o tribal, a los efectos de ser considerados titulares del derecho a la consulta previa. Dicho en otros términos, en esta interpretación, bastaría con que el grupo respectivo se auto-califique como indígena o tribal, para automáticamente ser sujeto del proceso de consulta a ser implementado por la autoridad estatal.

No obstante, si se consideran los instrumentos del DIDH vinculantes para el Estado peruano en materia de pueblos indígenas (fundamentalmente el C169 OIT conjuntamente con la CADH debidamente interpretada por la Corte IDH), se llega a la conclusión que la potestad de los pueblos indígenas y tribales de auto-identificarse como tales, no puede suponer dejar de lado los criterios objetivos previstos en el C169 OIT. Efectivamente, como ha precisado la propia OIT, la cobertura de dicho instrumento internacional se basa en una combinación del elemento subjetivo con los objetivos y, como tal, que éstos se complementan con aquél y viceversa¹⁴. Es decir, tienen que estar presentes ambos elementos para que un colectivo pueda ser considerado titular del derecho a la consulta. ¿Y cómo se compatibiliza esta exigencia con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte IDH? A nuestro juicio, de una

¹¹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Fondo, reparaciones y costas, párr. 37 (el subrayado es nuestro).

¹² Cfr. Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 31 [disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>].

¹³ Cfr. Artículo 33º, numeral 1) (el subrayado es nuestro).

¹⁴ Cfr. OIT. Op. Cit., p. 10.

lectura en conjunto de la CADH y del C169 OIT, se desprende que los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que, tal como señala la Corte IDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión), pero sí están facultados para constatar el cumplimiento, al menos, de los elementos objetivos previstos en el C169 OIT. Dicho en otros términos, mientras que el primero no está sujeto a evaluación por parte de la autoridad estatal, los segundos sí.

En ese sentido, todo grupo que se considere a sí mismo pueblo indígena o tribal tendrá que demostrar que satisface sólo los elementos objetivos señalados en el C169 OIT y, como tal, una vez superados los mismos, el Estado no podrá contestar la presencia del elemento subjetivo. Estamos convencidos que ésta es la interpretación más adecuada y razonable, en tanto convierte el proceso de identificación de dichos colectivos, en un esfuerzo puramente objetivo y, por ende, menos controversial.

1.2 Ámbito de aplicación del Derecho interno peruano: alcances y deficiencias

Vistos así los estándares internacionales sobre la definición de pueblos indígenas y tribales, cabe ahora plantearse la siguiente pregunta: ¿nuestro Derecho interno se adecua a los mismos? A continuación, señalaremos los problemas que al respecto presentan, primero, la LCP como su Reglamento y, segundo, la Directiva que crea la Base de Datos Oficial sobre pueblos indígenas.

1.2.1 La LCP y su Reglamento: la exclusión de los pueblos tribales y el problema de las Comunidades Campesinas y Nativas

La LCP y su Reglamento recogen tanto los criterios objetivos como los subjetivos antes señalados, a los efectos de identificar a los sujetos colectivos titulares del derecho a la consulta previa pero, a diferencia del C169 OIT, no distingue entre pueblos indígenas y tribales. Como se dijo en el punto precedente, la principal distinción es que un elemento que describe a los primeros es la “continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan ‘invadido’ o llegado a ella”, elemento que no es requerido en la descripción de los segundos¹⁵. No obstante, tanto la LCP y su Reglamento, al establecer con carácter genérico la denominación “pueblos indígenas u originarios”, deriva de ello que cualquier colectivo que busque ser considerado como tal, debe demostrar su descendencia directa de las poblaciones originarias del Perú, al margen de si se auto-identifica o no como pueblo indígena o tribal¹⁶. De lo cual se deduce que la normativa peruana se circunscribe a

¹⁵ OIT. Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Ginebra, 2003, p. 7 (disponible en: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf).

¹⁶ Cfr. Artículo 7º de la LCP y artículo 3º, literal k), de su Reglamento.



la categoría de pueblo indígena, siendo por tanto más restrictiva que lo previsto en el C169 OIT y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Esta dificultad se incrementa si se toma en cuenta que las poblaciones organizadas en comunidades campesinas o nativas no son consideradas *per se* pueblos indígenas u originarios (en lo que se refiere a estos colectivos, tanto la LCP como el Reglamento utilizan fórmulas condicionales del tipo “pueden ser identificados también como...” o “podrá ser identificada como...”¹⁷). Esto resulta contradictorio con otras normas internas pues, de un lado, la Ley General de Comunidades Campesinas define a estos colectivos como “organizaciones integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra”¹⁸; y, de otro, la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva dispone que las “Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva”¹⁹. Así, pues, tanto las comunidades campesinas como las nativas, a los efectos de ser consideradas pueblos indígenas u originarios, están constreñidas a demostrar *en concreto* que cumplen con los elementos exigidos por la LCP y su Reglamento, a pesar de que, de las calificaciones jurídicas antes señaladas, se puede sostener que legalmente estos colectivos cumplen, al menos, con los requisitos objetivos exigidos por el C169 OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH²⁰. Esta incoherencia resulta especialmente preocupante en el caso de las comunidades nativas ya que, para ser consideradas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la LCP y su Reglamento, tendrán que demostrar el requisito de descender de las poblaciones originarias del territorio nacional, aun cuando la normativa específica que las regula señala que éstas tienen su origen en los grupos tribales de la selva (y, como tal, no debería serles exigible este requisito según lo dispuesto por el C169 OIT). En tal sentido, está latente la posibilidad de conflicto al momento de abordar la labor de calificar a las comunidades campesinas o nativas como pueblos indígenas u originarios.

1.2.2 La Base de Datos Oficial: restringiendo los alcances de la LCP y su Reglamento

Mediante la Resolución Ministerial 202-2012-MC, se ha aprobado la Directiva 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de pueblos indígenas u

¹⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸ Artículo 2º de la Ley 24656 (el subrayado es nuestro).

¹⁹ Artículo 8 del Decreto Ley 22175 (el subrayado es nuestro).

²⁰ Adviértase aun más que la Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, define como pueblos indígenas, para sus propios efectos, a las comunidades campesinas y nativas (artículo 2º).

originarios²¹, la misma que, en lo que se refiere a las acciones de identificación de pueblos indígenas, señala lo siguiente:

- (i) Que “los criterios objetivos incluyen lo siguiente: “continuidad histórica”, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; “conexión territorial”, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas”²²,
- (ii) Que “el criterio subjetivo se refiere a la autoidentificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional”²³, y
- (iii) Que “la base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de “continuidad histórica” desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado”²⁴.

Como se puede apreciar, dicha Directiva no concuerda con los estándares internacionales examinados. Efectivamente, como hemos visto, en el DIDH el elemento de identificación subjetivo hace referencia a la potestad de los pueblos mismos como colectividades (y no de sus miembros como individualidades) de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad étnica indígena o tribal; criterio que, incluso, ha sido recogido por la LCP que claramente señala que dicho requisito “se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria”²⁵. Ello es así porque, como ha resaltado la Corte IDH en el caso *Saramaka*, “la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes (... comunales...) por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo (...) el derecho a la personalidad jurídica (como pueblo indígena o tribal)”²⁶. Por tanto, es ilegal disponer, como hace dicha Directiva, que la autoidentificación se predica con respecto a los miembros del sujeto colectivo que pretende ser reconocido como indígena u originario.

¿Y qué sucede con los criterios objetivos previstos por la Directiva? Al definir la “continuidad histórica” como la “permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado”, podría dar pie a interpretaciones que alteren el sentido de este

²¹ La elaboración de dicha base de datos viene impuesta por el artículo 29º del Reglamento.

²² Párrafo 7.1.3 de la Directiva 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios (el subrayado es nuestro).

²³ Párrafo 7.1.4 de la Directiva 03-2012/MC (el subrayado es nuestro).

²⁴ Párrafo 7.1.5 de la Directiva 03-2012/MC (el subrayado es nuestro).

²⁵ Artículo 7º de la LCP (el subrayado es nuestro).

²⁶ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 164.

criterio según los términos del C169 OIT. Como se dijo en el punto precedente, por la continuidad histórica se resalta el hecho de que un pueblo es indígena porque, entre otras cosas, desciende de una sociedad anterior a la conquista o a la colonización. Si la exigencia de “permanencia... desde tiempos previos...” se entiende en ese sentido, es decir, que alude a ser un pueblo que *permanece en el tiempo porque desciende de una sociedad anterior* (“permanencia temporal”), creemos que no habría ninguna dificultad: simplemente, dice con otras palabras lo que establece el C169 OIT. No obstante, en tanto la fórmula completa es “permanencia en el territorio nacional...” podría generarse una práctica administrativa inadecuada de denegar la condición de pueblo indígena a aquellos colectivos que *no permanecen en el área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que hoy es el territorio nacional* (“permanencia espacial, territorial o geográfica”); corriéndose el riesgo de consagrar, de esta forma, no el expolio al que históricamente fueron sometidos muchos pueblos indígenas (la formación de los Estados modernos ya se encargó de ello), sino el despojo de tierras al que, en muchas ocasiones, todavía siguen estando sometidos. No debe olvidarse que, como ha resaltado la OIT, “las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en forma reciente u ocupadas por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)”²⁷; razón por la cual el mismo C169 OIT obliga a los Estados a establecer mecanismos para resolver los problemas relativos a las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales²⁸. Sin duda, el fraseo de la Directiva, en este punto, tiene que ser reformulado.

Críticas más concluyentes, por su parte, pueden plantearse al requisito “conexión territorial”, tal como ha sido recogido en la Directiva en cuestión. Efectivamente, en lo que se refiere a este punto, de un lado, se sostiene que dicho elemento alude a “la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros” y, de otro, se dispone que las “tierras comunales (...) establecen la existencia de conexión territorial”. Es decir, se afirma que este requisito se verifica demostrando: (i) que los antepasados estaban asentados en el territorio nacional, y (ii), a la vez, que hoy se ocupa un territorio concreto bajo el régimen de propiedad comunal. Claramente, pues, se está excediendo los alcances del C169 OIT que, como se dijo, dispone que el requisito “conexión territorial” tan sólo implica sostener que el pueblo del que se afirma descender habitaba el país o la región del caso, antes de la conquista o de la colonización, sin exigir mantener el control de un área concreta del territorio²⁹. Pero no sólo

²⁷ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 94 (el subrayado es nuestro).

²⁸ Cfr. Artículo 14º, numeral 3, del C169 OIT.

²⁹ La CEACR cuando, en el año 2009, evaluó el en ese entonces Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, señaló lo siguiente: “La Comisión nota, (...), que entre los elementos objetivos de la definición prevista por el Proyecto, aparece la referencia a que estos pueblos “se encuentran en posesión de un área de tierra” que no figura en el Convenio” (OIT-CEACR. Observación Individual 2009, Perú. En: OIT, Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, p. 114. Disponible en:

eso, la redacción utilizada por la Directiva en mención, puede dar lugar también a la práctica administrativa maliciosa de afirmar que el requisito “conexión territorial” supone demostrar que las tierras comunales que hoy se ocupan, son las mismas que antes fueron habitadas por los antepasados (“conexión física”). Tal como se dijo en el párrafo precedente, no se debe olvidar que las tierras que hoy ocupan muchos pueblos, no son las que históricamente ocuparon sus ancestros, razón por la cual el propio C169 OIT prevé la posibilidad de plantear acciones reivindicatorias. En tal sentido, es muy posible que existan colectivos que reclamen aún la restitución de los territorios que perdieron, motivo por el cual sería un despropósito exigir probar la existencia de conexión física entre los territorios nuevos y los antiguos. En este punto, pues, la Directiva también debe ser reformulada.

Finalmente, al señalar que es indispensable mantener o manejar la lengua indígena, en conjunción con la posesión de tierras comunales, para demostrar el criterio “descendencia” (la continuidad histórica), la Directiva estudiada está yendo otra vez más allá de lo señalado por el C169 OIT e incluso por la LCP. Ciertamente, que un colectivo conserve la lengua de las poblaciones originarias de las que descende, es prueba objetiva del mantenimiento de las instituciones sociales y culturales. Pero, también es posible que la misma, en virtud del mestizaje, haya desaparecido. Es por esa razón que el C169 OIT, como vimos, tan sólo exige conservar parte de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas del pueblo en cuestión³⁰. En tal sentido, el hecho de que no se mantenga la lengua originaria no puede ser un criterio determinante, a los efectos de rechazar la pretensión de un colectivo de ser considerado “indígena u originario”, siempre que éste conserve otras instituciones sociales y culturales del pueblo del que afirma descender. Es más, la LCP cuando se refiere a los criterios objetivos se remite genéricamente a la conservación de “instituciones sociales y costumbres propias”³¹ y, mucho más preciso, el Reglamento afirma que se puede mantener parcialmente las mismas³². Por ende, también en este punto, la Directiva en cuestión es ilegal.

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf, el subrayado es nuestro).

³⁰ Artículo 1º, numeral 1), literal b) del C169 OIT.

³¹ Cfr. Artículo 7º de la LCP.

³² Cfr. Artículo 3º, literal k), del Reglamento.

2. Derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Luego de haber definido quiénes son los sujetos a ser calificados como pueblos indígenas o tribales (o, mejor, quiénes pueden ser considerados como tales), el DIDH pasa a otorgarles a los mismos una serie de derechos basados en sus especiales condiciones y/o necesidades de protección. En este punto, pues, estudiaremos los mecanismos de garantía previstos en el ámbito internacional y, por supuesto, si los mismos han sido adecuadamente recogidos por nuestra legislación interna.

2.1 Relación “especial” de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios: la base material necesaria para su subsistencia económica, social y cultural

El punto de partida, en el ámbito internacional, para otorgar a los pueblos indígenas y tribales una serie de mecanismos de garantía, es el hecho de haber reconocido que dichos pueblos, en lo que atañe a sus miembros y al colectivo en sí mismo, tienen un vínculo especial o estrecho con los territorios que ocupan o que tradicionalmente han ocupado.

Esta relación se encuentra expresamente reconocida en el C169 OIT que resalta la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales, reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera³³. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte IDH que, en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, resaltó que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”³⁴. Esta idea se volvió a repetir en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* en el que la Corte IDH subrayó que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”³⁵.

³³ Cfr. Artículo 13º, numeral 1), del C169 OIT. La OIT ha explicado este vínculo especial en los siguientes términos: “La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado y espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra” (OIT. Op. Cit., p. 91).

³⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149 (el subrayado es nuestro).

³⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas, párr. 135 (el subrayado es nuestro).

De lo dicho en el párrafo anterior, se puede concluir que para los pueblos indígenas y tribales la tierra no sólo constituye el espacio físico en el que encuentran los bienes necesarios para su sustento económico, sino también la base material en la cual el grupo construye su propia identidad colectiva diferenciada y en torno a la cual gira su propia existencia como pueblo³⁶. Como señaló la Corte IDH en el caso *Saramaka*, “la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual”³⁷. Ésta es, pues, la razón en virtud de la cual, en el DIDH, se han planteado una serie de garantías, derivadas del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, a los efectos de salvaguardar su subsistencia económica, social y cultural como pueblo con una identidad étnica diferente.

No está demás resaltar que este vínculo especial con la tierra también ha sido reconocido por la LCP y su Reglamento. Efectivamente, mientras que la primera señala que uno de los criterios objetivos para identificar a un pueblo indígena u originario es, precisamente, el poseer estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan y ocupan³⁸; la segunda define el ámbito geográfico de dichos pueblos como el área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos, incluyendo dentro de éstos los derechos a la identidad cultural y a la conservación de las costumbres³⁹. Claramente, pues, nuestra legislación reconoce también la relación estrecha que los pueblos indígenas u originarios mantienen con sus territorios (tienen vínculos espirituales e históricos) y, por ende, la importancia que tienen éstos para la conservación de su identidad étnica y cultural (es el espacio en el que ejercen sus derechos colectivos). Éste es un dato que habrá que tomar en cuenta, a los efectos de interpretar las disposiciones de la LCP y su Reglamento

2.2 El papel del derecho de propiedad en la protección de los pueblos indígenas y tribales: garantías de supervivencia como colectivo con una identidad étnica propia

El C169 OIT, en tanto reconoce la relación especial de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios, dispone la obligación de los Estados de sancionar los derechos de propiedad

³⁶ Como señala la OIT: “El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la supervivencia misma como comunidades y pueblos distintos” (OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 91).

³⁷ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 82 (el subrayado es nuestro).

³⁸ Cfr. Artículo 7° de la LCP

³⁹ Cfr. Artículo 3°, literales c) y f), del Reglamento.

y de posesión que tienen dichos colectivos en relación con sus tierras⁴⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH que, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21º de la Convención Americana”⁴¹. Efectivamente, para dicho Tribunal internacional, en consonancia con el C169 OIT, el mencionado artículo de la CADH, que consagra el derecho de propiedad, ofrece una cobertura adecuada para asegurar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar de sus territorios y, de esta forma, a la supervivencia social, cultural y económica como pueblo con una identidad étnica diferenciada.

En tal sentido, para el DIDH, no cabe duda que dichos pueblos tienen –o deben tener– derechos de propiedad sobre los territorios que tradicionalmente ocupan⁴², a los efectos de proteger su derecho a la supervivencia fáctica y, sobre todo, étnica. Pues bien, de esta conclusión, la Corte IDH ha desprendido otras tres sumamente importantes: (i) el derecho de propiedad protege también el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y disfrutar los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído⁴³; (ii) en tanto los derechos sobre sus territorios están protegidos por el derecho de propiedad, éstos podrán ser objeto de restricciones tal y como lo autoriza el propio artículo 21º de la CADH⁴⁴; y (iii) en tanto está de por medio la subsistencia de los pueblos mencionados como tales, se han previsto garantías especiales derivadas del artículo 1º, numeral 1), de la CADH, dentro de las cuales destaca el derecho a ser consultados y, eventualmente, a otorgar su consentimiento previo⁴⁵.

Antes de pasar al siguiente punto, es conveniente resaltar lo siguiente. Como señala la OIT, el derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios no está sujeto al reconocimiento o registro legal oficial de dicha propiedad por parte de los Estados⁴⁶. Ello es así porque el C169 OIT claramente señala que la propiedad recae sobre las tierras que “tradicionalmente” ocupan⁴⁷ o que utilizan de alguna manera⁴⁸, siendo de esta forma la posesión y/o el uso los criterios determinantes, a los efectos de identificar la extensión de las tierras protegidas por el artículo 21º de la CADH. Afortunadamente, este

⁴⁰ Cfr. Artículo 14º, numeral 1), del C169 OIT.

⁴¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas, párr. 118. También, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas, párr. 137 (el subrayado es nuestro).

⁴² El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios también está reconocido en artículo 26º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴³ Cfr. Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 118-123.

⁴⁴ Cfr. Ibid., párr. 125-128.

⁴⁵ Cfr. Ibid., párr. 129-132.

⁴⁶ Cfr. OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 94.

⁴⁷ Cfr. Artículo 14º, numeral 1), del C169 OIT.

⁴⁸ Cfr. Artículo 7º, numeral 1), del C169 OIT.

criterio ha sido recogido por nuestro Derecho interno: así, primero, la LCP señala que el vínculo espiritual e histórico de los pueblos indígenas u originarios es con las tierras que tradicionalmente usan u ocupan⁴⁹ y, segundo, el Reglamento dispone que las áreas geográficas en las que habitan y ejercen sus derechos colectivos, pueden serlo en razón de la propiedad o de otros derechos reconocidos por el Estado, o por el simple hecho de que las usan u ocupan tradicionalmente⁵⁰. Éste es otro dato que habrá que tomar en cuenta para evaluar la aplicación tanto de la LCP como de su Reglamento

2.3 El derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios: los recursos necesarios para asegurar la supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida

Como se ha señalado, el derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, les otorga también el derecho a usar y disfrutar los recursos naturales que se encuentran en ellos. Efectivamente, así lo dispone el C169 OIT⁵¹ y, sobre todo, la jurisprudencia de la Corte IDH que, en el caso *Saramaka*, señaló que “el derecho (de dichos pueblos) a usar y gozar del territorio carecería de sentido (...) si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”, razón por la cual “esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21º de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”⁵². Claramente, pues, el artículo 21º de la CADH protege el uso y disfrute por parte de los pueblos indígenas y tribales, de los recursos naturales ubicados en sus territorios... ¿de todos?

Es indispensable añadir una precisión. Como se puede apreciar de la jurisprudencia citada, el artículo en mención protege el derecho a los recursos naturales pero añadiendo un matiz: solamente de los que fueran necesarios para la supervivencia física y cultural de los pueblos involucrados. En palabras de la Corte IDH, “los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son

⁴⁹ Cfr. Artículo 7º de la LCP. Al respecto, es pertinente reconocer que al utilizar la LCP esta fórmula, a nuestro juicio, estaría levantando la siguiente observación efectuada por la CEACR: “la Comisión subraya que el derecho de consulta de los pueblos indígenas no puede limitarse exclusivamente a aquellas medidas que afectan territorios en donde existen tierras indígenas titularizadas, (...), sino a todas aquellas medidas administrativas o legislativas que pudieren afectarles directamente, incluso cuando afectan tierras o territorios indígenas, que tradicionalmente ocupan o utilizan, independientemente de que estén titularizados o no” (OIT-CEACR. Observación Individual 2010, Perú. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:927630288658783::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2328582).

⁵⁰ Cfr. Artículo 3º, literales c) y f), del Reglamento.

⁵¹ Cfr. Artículo 15º, numeral 1), del C169 OIT.

⁵² Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 122 (el subrayado es nuestro).

necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo⁵³. ¿Y qué sucede con los otros recursos naturales ubicados en sus territorios?, ¿es decir, con aquellos que tradicionalmente no usan?, ¿los Estados pueden libremente tomar cualquier tipo de decisión en relación con los mismos? Éste tema lo trataremos en el siguiente punto.

Antes de continuar, no está demás destacar que nuestro Derecho interno, al menos en este aspecto, se adecua a los estándares previstos en el C169 OIT y en la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, de acuerdo con el Reglamento, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios incluyen el derecho “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”⁵⁴. Vale decir, cumpliendo con las prescripciones provenientes del DIDH, se reconoce que el derecho de propiedad que dichos pueblos tienen sobre sus tierras abarca también a los recursos que ancestralmente vienen usando. ¿Esto quiere decir, entonces, que el Estado peruano no puede explotar los mismos? Como dijimos, este asunto será tratado a continuación.

2.4 El derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la adopción de medidas que afecten sus intereses

En el ámbito internacional, la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecte directamente sus intereses, se constituye en el principal mecanismo para asegurar la subsistencia de dichos colectivos como pueblos con una identidad étnica y cultural diferenciada.

2.4.1 Alcances del derecho a la consulta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Esta salvaguarda constituye la “piedra angular” del C169 OIT que, en términos generales, persigue establecer los canales para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses⁵⁵. Efectivamente, de una lectura somera de sus disposiciones, se desprende que el instrumento internacional mencionado establece la obligación de los Estados de efectuar los procedimientos de consulta, entre otros, en los siguientes supuestos:

⁵³ *Ibidem* (el subrayado es nuestro). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 26º de la Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de los Pueblos Indígenas que consagra el derecho de éstos “a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido” (el subrayado es nuestro).

⁵⁴ Artículo 3º, literal f) del Reglamento (el subrayado es nuestro).

⁵⁵ Cfr. OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 59.

- (i) Cuando, en general, se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6º, numeral 1),
- (ii) Cuando, en especial, se pretenda desarrollar actividades de exploración o explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios (artículo 15º, numeral 2), y
- (iii) Cuando, excepcionalmente, se requiera su traslado –y posterior reubicación– de las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 16º, numeral 2).

El propio C169 OIT establece una serie de características sobre los procesos de consulta, entre las cuales resalta la obligación de desarrollarlos “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de la medida propuesta”⁵⁶. ¿Esto quiere decir, entonces, que el C169 otorga a los pueblos indígenas o tribales una suerte de “derecho de veto”, en la medida que si no se obtiene su consentimiento previo no se podría implementar la medida sujeta a consulta?

2.4.1.1 Finalidad de la consulta

Aún cuando es posible sostener que del texto del C169 OIT podría entenderse que el proceso de consulta a los pueblos forzosamente debe concluir en un acuerdo, la CEACR, luego de revisar los trabajos preparatorios de dicho Convenio, precisó que las consultas de los artículos 6º, numeral 1), y 15º, numeral 2)⁵⁷, si bien es cierto tienen por objeto llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, no implican un derecho de veto en mano de los pueblos indígenas y tribales ni, mucho menos, que su resultado sea alcanzar necesariamente el consentimiento de los mismos⁵⁸. Sin embargo, a su juicio, el procedimiento del artículo 16º, numeral 2), en tanto regula la adopción de medidas que implican el traslado de dichos pueblos de las tierras que ocupan y su posterior reubicación, sí exigiría contar para ello con

⁵⁶ Artículo 6º, numeral 2), del C169 OIT.

⁵⁷ El artículo 6º, numeral 1), del C169 OIT señala lo siguiente: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Por su parte, el artículo 15º, numeral 2), del mencionado instrumento dispone que “2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

⁵⁸ Cfr. OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169). En: Conferencia Internacional del Trabajo, 100ava reunión, 2011, ILC.100/III/1ª, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pp. 865. En otra oportunidad, la CEACR resaltó que “el artículo 6º del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa” ya que tan sólo “dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (OIT-CEACR. Observación Individual 2009, Perú..., p. 118).

el consentimiento previo de los directamente afectados⁵⁹. En nuestra opinión, es necesario realizar dos precisiones.

En primer lugar, este pronunciamiento del CEACR, recurriendo a los trabajos preparatorios⁶⁰, pone de manifiesto que al preverse por separado el procedimiento de consulta del artículo 15º, numeral 2), no se quiso sostener que al mismo no es de aplicación el supuesto general del artículo 6º, numeral 1). En efecto, la OIT, en otras oportunidades, también ha sostenido que dichos artículos deben leerse conjuntamente y, como tal, que las consultas antes de desarrollar actividades de exploración o explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios indígenas o tribales, también tienen por objeto llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos afectados⁶¹. Resaltar esto es de suma importancia ya que, basándose solamente en la letra del artículo 15º numeral 2), se podría sostener que éste: (i) persigue dar una salida al problema de los recursos naturales propiedad de los Estados pero ubicados en los territorios indígenas o tribales, y (ii) que, precisamente por esa razón, el objetivo de dicha consulta literalmente tan sólo es “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”, a los efectos de tomar en cuenta los perjuicios que asumirán para, posteriormente, fijar las indemnizaciones del caso. En simple, que este procedimiento no persigue obtener un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales posiblemente afectados. Afortunadamente, la CEACR ha señalado claramente cuál es el significado del artículo 15º, numeral 2), y por ende, que frente a proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, el Estado no puede decidir adoptar y ejecutar los mismos antes de llevar cabo a un procedimiento de consulta que tenga por objeto alcanzar el consentimiento de los pueblos afectados.

En segundo lugar, lo sostenido por el CEACR en lo que se refiere al supuesto del artículo 16º, numeral 2), es controversial. Ello es así porque la letra del propio artículo en mención autoriza a los Estados, en caso no hubiera sido posible obtener ese consentimiento, a recurrir al traslado y reubicación de los pueblos indígenas y tribales correspondientes “al término de procedimientos adecuados”. Es decir, de acuerdo con el texto del C169 OIT, incluso en estos supuestos particularmente graves (por las implicancias para la supervivencia de los pueblos afectados), no es imprescindible contar con el consentimiento previo para ejecutar las medidas del caso. Como veremos más adelante, esto no quiere decir que dichos colectivos no cuenten en ningún supuesto con el derecho a expresar su consentimiento previo, libre e informado. Lo único que estamos queriendo decir es que este derecho no nace específicamente de las disposiciones del C169 OIT.

⁵⁹ Cfr. Ibid., pp. 864.

⁶⁰ El artículo 32º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados autoriza a recurrir a este criterio de interpretación a los efectos de identificar el significado de una disposición de un tratado, si luego de haber utilizado otros criterios el sentido de la misma sigue siendo ambiguo o, en todo caso, si éste es absurdo o irrazonable.

⁶¹ Cfr. OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 108.

2.4.1.2 Oportunidad y materias objeto de la consulta

Ahora bien, en lo que se refiere a la oportunidad de la consulta (el cuándo) y las medidas objeto de la misma (el qué), el DIDH establece ciertas reglas que es conveniente resaltar. Efectivamente, el C169 OIT dispone que la misma, en la generalidad de los casos, debe efectuarse “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (a los pueblos indígenas y tribales del caso)”⁶²; y, para el caso específico del procedimiento del artículo 15º, numeral 2), debe llevarse a cabo por el Estado “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”⁶³. Claramente, pues, de estas dos normas se desprende la obligación de desarrollar el proceso de consulta con carácter *previo*, es decir, *antes de* que se produzca la afectación de los intereses de los pueblos indígenas o tribales involucrados (de otra forma no tendría sentido la frase *cada vez que se prevean*). Es por ello que la CEACR, cuando, en el año 2009, evaluó el entonces Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, “exhortó al gobierno para que haga mayores esfuerzos para asegurar que no se aplique, ni promulgue, ninguna legislación relativa a la exploración o la explotación de recursos naturales, sin consultar previamente a los pueblos indígenas afectados por estas medidas, en plena conformidad con las prescripciones del Convenio”⁶⁴. No cabe duda, entonces, que el C169 OIT exige que el procedimiento de consulta se implemente previamente (el cuándo) a la materialización de la medida que se prevé afectará directamente a los pueblos respectivos (el qué).

¿Cuándo exactamente? Éste es un aspecto en el que el propio C169 OIT no fija una regla general lo suficientemente clara. Incluso en el caso extremo de la exploración o explotación de los recursos naturales, tan sólo señala que la consulta tiene que efectuarse antes de que el propio Estado emprenda dicha medida o autorice a un tercero a llevarla a cabo. ¿Esto quiere decir, entonces, que los gobiernos tienen permitido implementar el proceso de consulta previa, habiendo decidido ya adoptar la medida en cuestión? En nuestra opinión, si el Estado actuara de esa manera estaría pasando por alto el hecho de que la CEACR ha precisado que la obligación de consultar supone que éstas “deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buenafé” y, como tal, implican “un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo”⁶⁵. Visto así el problema, cabría preguntarse lo siguiente: ¿si ya se decidió efectuar la medida cuestionada, a qué consenso se podría llegar? Creemos que la respuesta es obvia. Es por esta razón que

⁶² Artículo 6º del C169 OIT (el subrayado es nuestro).

⁶³ Artículo 15º, numeral 2), del C169 OIT (el subrayado es nuestro).

⁶⁴ OIT-CEACR. Observación Individual 2009, Perú..., p. 121 (el subrayado es nuestro).

⁶⁵ OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta..., p. 865 (el subrayado es nuestro).

la Corte IDH, en el caso *Saramaka*, después de reafirmar que las consultas “deben realizarse de buena fe (...) y deben tener como fin llegar a un acuerdo”, estableció que la misma debe efectuarse “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”⁶⁶. En tal sentido, siguiendo este criterio, se puede concluir que la consulta, para ser realmente previa, debe realizarse en la fase de elaboración del proyecto, plan o medida del caso o, lo que es lo mismo, antes de que el Estado hubiera decidido adoptar la misma⁶⁷.

2.4.2 El derecho a la consulta previa en nuestro Derecho interno: falta de precisión sobre la “oportunidad” en la LCP y su Reglamento y medidas excluidas indebidamente

¿Y cómo está regulado el procedimiento de consulta en nuestro Derecho interno? Nuestro Tribunal Constitucional (TC), cuando se ha referido a esta materia, ha precisado que “el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. (...), encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar derecho al veto”⁶⁸. Este tema también ha sido abordado por la LCP que ha señalado que el derecho a la consulta: (i) “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 intereses”⁶⁹, y (ii) tiene por objeto “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios”⁷⁰. Vale decir, la LCP prevé que el derecho a la consulta no implica el derecho de los pueblos indígenas u originarios a emitir su “consentimiento” o autorización previa, razón por la cual señala que “la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente”⁷¹. Como resalta el Reglamento, que la finalidad de la consulta sea alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento, no supone que de no obtenerse éste, de un lado, el derecho a la consulta se vea afectado y, de otro, las entidades públicas no puedan dictar las medidas consultadas⁷². Queda claro, entonces, que nuestro Derecho interno, respetando los estándares mínimos del C169 OIT, no les otorga a los pueblos indígenas u originarios el llamado “derecho de veto”... salvo que, como veremos en los siguientes puntos, la adopción de las medidas consultadas pongan en riesgo la supervivencia de dichos pueblos como colectivos cultural y étnicamente diferenciados.

⁶⁶ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 133 (el subrayado es nuestro).

⁶⁷ Cfr. Comisión IDH. Op. Cit., párr. 302.

⁶⁸ STC del 17 de marzo de 2011, Exp. 00025-2009-PI/TC, fundamento 21. En el mismo sentido, véase: STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamentos 24-25 (el subrayado es nuestro).

⁶⁹ Artículo 2º de la LCP.

⁷⁰ Artículo 3º de la LCP.

⁷¹ Artículo 15º de la LCP.

⁷² Cfr. Artículo 5º, literales d) y e), del Reglamento.

Ahora bien, en lo que se refiere a la oportunidad (el cuándo) de la consulta, es conveniente señalar que el TC ha precisado que la misma debe efectuarse “en forma previa a la toma de la decisión”, toda vez que “trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta” y, además, “generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe”⁷³. De esta forma, el máximo intérprete de la Constitución, siguiendo los estándares internacionales, claramente señala que la consulta debe efectuarse *antes de decidirse* la adopción de la medida correspondiente, es decir, cuando la misma es tan sólo un “proyecto”. Ello es así porque, como ha señalado el TC, la idea del procedimiento de consulta es asegurar la “inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa”, de forma que “puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta”⁷⁴. No cabe duda, entonces, que nuestro marco constitucional sí se ciñe a los estándares fijados por el C169 OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH.

¿Y qué sostienen la LCP y su Reglamento? Mientras que la primera señala que “el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa”⁷⁵; la segunda dispone, de un lado, que la misma debe llevarse a cabo de buena fe y con “el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas”⁷⁶ y, de otro, que en el caso de exploración o explotación de recursos naturales, la consulta debe efectuarse “antes de aprobar la medida administrativa (...) que faculte el inicio de la actividad”⁷⁷. Como se puede apreciar, de la literalidad de estas disposiciones no se desprende con claridad que la consulta, según las reglas fijadas por el TC, debe realizarse antes de decidirse adoptar la medida en cuestión. Es más, el Reglamento textualmente señala que la consulta busca enriquecer la decisión (¿ya adoptada?) y, en el segundo caso, que debe hacerse antes de aprobar el inicio de la exploración o explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. Así, pues, de hacer una lectura conjunta de estas dos disposiciones, se puede sostener que la LCP y su Reglamento exigen realizar la consulta con carácter previo, no a la toma de la decisión por parte del Estado, sino a la ejecución de la medida. No obstante, si ese fuera el significado de las mismas, claramente devendrían en inconstitucionales. Por tanto, una lectura en clave constitucional de la LCP y su Reglamento, exige entender que dichas disposiciones fijan la oportunidad de la consulta, en un momento previo a la toma de la decisión sobre la adopción del proyecto de medida.

⁷³ STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamento 36 (el subrayado es nuestro).

⁷⁴ *Ibidem* (el subrayado es nuestro).

⁷⁵ Artículo 4º, literal a), de la LCP (el subrayado es nuestro).

⁷⁶ Artículo 5º, literal a), del Reglamento (el subrayado es nuestro).

⁷⁷ Artículo 6º del Reglamento (el subrayado es nuestro).

Finalmente, en lo que se refiere a las medidas a ser consultadas (el qué), es necesario resaltar que la LCP, incumpliendo los estándares fijados por el C169, ha restringido las materias objeto del proceso de consulta previa. Efectivamente, mientras el mencionado instrumento internacional, sin hacer ninguna distinción, establece la obligación estatal de consultar con los pueblos interesados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁷⁸; dicha disposición interna establece el deber de someter a consulta solamente aquellas medidas que afecten directamente los *derechos colectivos* de los pueblos indígenas u originarios⁷⁹. Con ello se limita la consulta a aquello que vulnere dichos derechos, siendo más restrictivo que lo establecido en el C169 OIT que, en general, protege los *intereses* de los pueblos indígenas y tribales, incluyendo aquellos que difícilmente pueden ser subsumidos en la categoría *derecho colectivo*⁸⁰. Debe tomarse en cuenta que la CEACR, en su Observación General del 2011, precisa que, en relación con el artículo 6 del Convenio OIT 169, “las poblaciones indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones...en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente”⁸¹. Afortunadamente, el Reglamento, siguiendo la jurisprudencia del TC⁸², ha corregido esta restricción precisando que la *afectación directa* a los pueblos indígenas se produce cuando la medida cuestionada “contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”⁸³. De esta forma, tendrán que ser objeto de consulta, no sólo las medidas que afecten los derechos colectivos de los colectivos indígenas, sino también todas aquellas que, yendo más allá de esa categoría, supongan modificar la situación jurídica de dichos pueblos... salvo que versen sobre las siguientes materias que el Reglamento, contraviniendo incluso lo señalado por la LCP⁸⁴, ha excluido del proceso de consulta:

- (i) Normas de carácter tributario o presupuestario⁸⁵,
- (ii) Decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas⁸⁶,
- (iii) Medidas administrativas complementarias a las medidas ya consultadas⁸⁷,

⁷⁸ Artículo 6º, numeral 1, literal a), del C169 OIT (el subrayado es nuestro).

⁷⁹ Cfr. Artículo 2º de la LCP.

⁸⁰ Cfr. Ruiz Molleda, Juan Carlos; “La constitucionalidad del reglamento de la ley de consulta”, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 60, 19 de abril del 2012.

⁸¹ OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta..., p. 861.

⁸² Cfr. STC del 9 de junio de 2010, Exp. N°00 22-2009-PI/TC, fundamentos 19-23.

⁸³ Artículo 3º, literal b), del Reglamento (el subrayado es nuestro). Que se pueden afectar también *intereses* de los pueblos indígenas, queda claro en el siguiente párrafo de la STC del 17 de marzo de 2011, Exp. 00025-2009-PI/TC: “En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aun así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas” (fundamento 25) (el subrayado es nuestro).

⁸⁴ Cfr. Artículos 2º y 9º de la LCP.

⁸⁵ Cfr. Artículo 5º, literal k), del Reglamento.

⁸⁶ Cfr. Artículo 5º, literal l), del Reglamento.

- (iv) Medidas administrativas que aprueben el reinicio de actividades, siempre que no impliquen variación de los términos originalmente autorizados⁸⁸, y
- (v) Construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y la que sea necesaria para la provisión de servicios públicos que esté dirigida a beneficiar a los pueblos indígenas u originarios⁸⁹.

Como se puede apreciar, a parte del segundo supuesto que parece ser razonable (en tanto perseguiría evitar una grave afectación de los propios pueblos indígenas, de sus miembros y, en general, de cualquier persona que estuviera en riesgo), en los demás casos no salta a la vista la razón que justificaría su exclusión del proceso de consulta, más aun cuando son medidas susceptibles de afectarles directamente o, lo que es lo mismo, de modificar su situación jurídica pre-existente. Por ejemplo, la Ley General de Comunidades Campesinas (colectivos que, como vimos, pueden solicitar ser reconocidos como pueblos indígenas u originarios⁹⁰) señala que dichas comunidades están inafectas de todo impuesto directo creado o por crearse que grave la propiedad o tenencia de tierras y la renta⁹¹. Según el Reglamento, una medida legislativa destinada a dejar sin efecto tal beneficio, no sería pasible de ser sometida al proceso de consulta previa (dado su carácter tributario), por más que afecte directamente los intereses de organizaciones reconocibles como pueblos indígenas u originarios (recuérdese el vínculo estrecho o especial que dichos colectivos tienen con la tierra, relación que escapa a la lógica puramente patrimonialista que está detrás del impuesto predial). El mismo razonamiento es extensible a las otras medidas exoneradas: todos los casos, son supuestos que pueden afectar directamente los intereses de los colectivos indígenas u originarios, en especial el último que bajo el pretexto de beneficiarlos transgrede el derecho de los mismos a fijar sus propias prioridades de desarrollo⁹². Por tanto, estas exclusiones introducidas por el Reglamento, a nuestro juicio, son ilegales.

2.5 Condiciones para la exploración y explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba, es necesario profundizar en las condiciones que establece el DIDH, a los efectos de autorizar la explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales.

⁸⁷ Cfr. Décimo segunda disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento.

⁸⁸ Cfr. Décimo cuarta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento.

⁸⁹ Cfr. Décima quinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento.

⁹⁰ Cfr. Artículo 7º de la LCP.

⁹¹ Cfr. Artículo 28º de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Esta norma ha sido debidamente reconocida y aplicada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 8 de junio de 2011, recaída en el expediente N° 00725-2010-PC/TC, fundamento 9.

⁹² Cfr. Artículo 7º, numeral 1) del C169 OIT, artículo 2º de la LCP y artículo 3º, literal f) del Reglamento.

Para el C169 OIT la regla es que si esos recursos, de acuerdo con el Derecho interno, son de propiedad del Estado, entonces podrán ser objeto de actividades de prospección o explotación, siempre y cuando se cumpla con tres condiciones básicas: (a) llevar a cabo un procedimiento de consulta con los pueblos posiblemente afectados (como acabamos de ver), (b) asegurar, de ser posible, la participación de dichos colectivos en los beneficios, y (iii) otorgar a los mismos, de ser el caso, una indemnización equitativa por los daños que pudieran sufrir⁹³. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Saramaka*, aunque ha establecido condiciones más rigurosas. Efectivamente, según dicho Tribunal, del hecho de que cualquier actividad de exploración o de explotación pueda afectar el uso o disfrute de un recurso tradicionalmente utilizado, no se puede deducir que *per se* el derecho de propiedad proscriba a los Estados disponer de cualquier recurso ubicado en los territorios de los pueblos indígenas y tribales. Ello es así porque, al igual que otros derechos, el de propiedad tampoco es absoluto y, como tal, puede ser objeto de restricciones: (i) que estén previstas en la Ley, (ii) que sean necesarias, (iii) que sean proporcionales y (iv) que tengan por objeto alcanzar un fin legítimo en una sociedad democrática. Si se cumplen estas condiciones, el Estado podrá restringir el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios y sobre los recursos naturales ahí ubicados⁹⁴.

Pero no sólo eso, a diferencia del C169 OIT, para la Corte IDH “un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁹⁵. Es decir, además de los requisitos señalados en el párrafo precedente, los Estados podrán imponer medidas restrictivas a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales, siempre y cuando hacer ello no suponga poner en riesgo la subsistencia como colectivo del pueblo en cuestión... y, a fin de evitar este posible efecto pernicioso, la Corte ha dispuesto que, de conformidad con la obligación general de respetar y garantizar los derechos de la CADH⁹⁶, los Estados deben cumplir con tres garantías adicionales: (i) deben consultar a los pueblos afectados y, eventualmente, obtener su consentimiento, (ii) deben asegurar que los miembros de dicho colectivo se beneficien razonablemente de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, y (iii) deben abstenerse de realizar cualquier actividad en dichas tierras hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental⁹⁷.

⁹³ Cfr. Artículo 15º, numeral 2), del C169 OIT.

⁹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 126-127.

⁹⁵ Ibid., párr. 128 (el subrayado es nuestro).

⁹⁶ Cfr. Artículo 1º, numeral 1), de la CADH.

⁹⁷ Cfr. Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 129.

¿Y estas condiciones para la explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales, están previstas en nuestro Derecho interno? Como vimos en el punto 2.3, sí se reconoce que el derecho de propiedad que dichos pueblos tienen sobre sus tierras, abarca también a los recursos que ancestralmente vienen usando. ¿Esto quiere decir, entonces, que el Estado peruano no puede explotar los mismos? De acuerdo con el Reglamento, en tanto los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento⁹⁸, las autoridades correspondientes sí pueden disponer de los mismos, siempre que: (i) lleven a cabo el proceso de consulta del caso antes de aprobar la medida que faculte el inicio de las actividades de exploración o explotación⁹⁹, (ii) aseguren, de ser posible, la participación de dichos colectivos en los beneficios¹⁰⁰, y (iii) otorguen a los mismos, de ser el caso, una indemnización equitativa por los daños que pudieran sufrir¹⁰¹. En tal sentido, no cabe más que señalar que, *prima facie*, nuestra legislación cumple con los estándares previstos en el C169 OIT (siempre y cuando se entienda, como vimos en el punto 2.4.2, que la consulta debe efectuarse *antes de adoptarse* la decisión de explorar o explotar los recursos del caso). ¿Y qué pasa con las condiciones establecidas por la Corte IDH para el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, en especial aquellas destinadas a garantizar su subsistencia como colectivos étnicamente diferenciados? Este asunto lo veremos a continuación.

2.6 El derecho específico y limitado de los pueblos indígenas y tribales a dar su consentimiento previo, libre e informado

En lo que se refiere a los mecanismos de protección de los pueblos indígenas y tribales, tal como se ha visto en los puntos 2.4 y 2.5, la regla es implementar procedimientos de consulta *previa* que tengan *por objeto* alcanzar un acuerdo con dichos colectivos. Pues bien, la jurisprudencia de la Corte IDH, a diferencia de lo dispuesto por el C169 OIT, ha desarrollado algunos supuestos en los que sí sería indispensable contar con el consentimiento previo de los pueblos posiblemente afectados.

2.6.1 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reglas relativas a los planes de desarrollo o de inversión “a gran escala” que tengan un impacto “significativo”

Efectivamente, el Tribunal señalado en el caso *Saramaka* claramente dispuso que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto

⁹⁸ Cfr. Artículo 66º de la Constitución.

⁹⁹ Cfr. Artículo 6º del Reglamento.

¹⁰⁰ Cfr. Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento.

¹⁰¹ Cfr. *Ibidem*.

dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos¹⁰². O, como dijo más adelante, “la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka”¹⁰³. Dos son, entonces, los criterios a los efectos de determinar cuándo es indispensable contar con la anuencia de los pueblos indígenas y tribales: (i) la magnitud de la medida que se quiere implementar (“proyectos a gran escala” o “grandes planes”) y (ii), sobre todo, el nivel del impacto de la misma en sus derechos de propiedad (“un mayor impacto” o “un impacto profundo”). Cómo se tabula ello, es un asunto que tendrá que verse caso por caso.

A nuestro juicio, la magnitud de la afectación debe evaluarse en función de la puesta en peligro o no de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la integridad de sus territorios y, sobre todo, al goce y disfrute de los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado. Como se precisó en la sentencia interpretativa del caso *Saramaka*, la obligación de los Estados de obtener el consentimiento previo, libre e informado aparece “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo”¹⁰⁴ indígena o tribal en cuestión. Si se toma en cuenta que, como vimos, las salvaguardas exigidas por la Corte existen a los efectos de asegurar la relación especial de los pueblos con sus territorios y, de esta forma, su supervivencia como colectivos con una identidad étnica y colectiva diferenciada, entonces se puede afirmar que la aquiescencia será necesaria siempre que la ejecución del proyecto ponga en peligro la subsistencia misma de dichos pueblos. Éste sería el “gran impacto” que la Corte IDH quiere evitar recurriendo a la figura del consentimiento.

Otro supuesto en el que sería indispensable contar con la anuencia de los pueblos afectados, sería aquel en el que la aplicación de la medida implique su traslado de las tierras que ocupan y su posterior reubicación. Efectivamente, sin perjuicio de lo señalado en el punto precedente con respeto al procedimiento de consulta regulado en el artículo 16º, numeral 2), del C169 OIT, la Corte IDH, en el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, ha resaltado que “conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, (...) considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus

¹⁰² Cfr. Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 134 (el subrayado es nuestro).

¹⁰³ Ibid., párr. 137 (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 17 (el subrayado es nuestro).

integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural (...), genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación”¹⁰⁵.

Como se puede apreciar, aun cuando no se menciona el término “consentimiento”, está claro que los Estados tienen una especial obligación de proteger a los pueblos indígenas y tribales contra el desplazamiento forzado de sus territorios, en tanto que ello afectaría sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y cultural (se rompería la relación estrecha con la tierra). Visto así, y tomando en cuenta lo que está en juego, el traslado de las tierras que ocupan los pueblos indígenas y tribales nunca podrá suponer un supuesto de desplazamiento forzado y, por tanto, siempre se tendría que contar con su consentimiento previo, libre e informado. Por lo demás, éste es el criterio seguido por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas que expresamente establece que “no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos interesados”¹⁰⁶. Si bien es cierto este instrumento no constituye Derecho vinculante, también lo es que, al menos en este punto, tan sólo resalta lo que se deduce de un estándar que sí lo es: la CADH debidamente interpretada por la Corte IDH.

2.6.2 ¿Existe el derecho a emitir el consentimiento previo en el Derecho interno?: las salvaguardas de la LCP y su Reglamento

Planteados de esta forma los estándares internacionales sobre el derecho de los pueblos indígenas y tribales a otorgar o no su consentimiento, corresponde ahora preguntarse si los mismos han sido recogidos por nuestro Derecho interno.

De una lectura sistemática de la LCP y de su Reglamento, se deduce que los dos supuestos previamente señalados están regulados por nuestro ordenamiento. En efecto, si bien es cierto no se ha recogido expresamente el caso de los proyectos de desarrollo “a gran escala” que tengan un “impacto profundo” en los derechos de propiedad de los pueblos indígenas u originarios, también debe tomarse en cuenta: (i) que la LCP claramente ordena que, en caso de desacuerdo, “corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147 (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁶ Artículo 10º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

indígenas u originarios¹⁰⁷, y (ii) que, por si no quedó claro, el Reglamento precisa que “el contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, (...) debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas”¹⁰⁸. Es decir, nuestro Derecho interno dispone que cualquiera sea la medida que se adopte en relación con los pueblos indígenas (incluyendo el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus territorios), ésta jamás podrá significar desproteger sus derechos colectivos (entre los cuales está el derecho a la identidad cultural) y, sobre todo, poner en riesgo su propia supervivencia¹⁰⁹. Esta salvaguarda, a nuestro juicio, nos coloca en la línea marcada por la jurisprudencia de la Corte IDH y, claramente, ofrece a los pueblos indígenas u originarios un mejor derecho al previsto en el C169 OIT¹¹⁰.

Pero no sólo eso, el Reglamento, utilizando la técnica del reenvío, prevé la obligación del Estado de obtener el consentimiento previo de los pueblos indígenas u originarios, a los efectos de ser desplazados de sus territorios. En efecto, dicha norma expresamente señala que “cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16º del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos”¹¹¹. Pues bien, esta materia está regulada por la Ley 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos (en adelante, LDI), y por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 004-2005-MIMDES (en adelante, Reglamento LDI); normas estas últimas que establecen lo siguiente:

“Artículo 8º, numeral 3), de la LDI.-

Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debido a conflictos armados, se respeten las garantías siguientes: (...) Se recaba el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados; (...)” (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁷ Artículo 15º de la LCP (el subrayado es nuestro). En el mismo sentido, se pronuncia el Reglamento, en su artículo 23º, numeral 3), que le impone la obligación a las entidades promotoras, en caso decidan adoptar la medida cuestionada, de “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”.

¹⁰⁸ Artículo 4º del Reglamento (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁹ En su momento, no fue aceptada la propuesta de las organizaciones indígenas de especificar en el artículo 5º del Reglamento, que no procede adoptar medidas legislativas o administrativas, ni mucho menos efectuar la consulta, en los siguientes casos: cuando esté en riesgo la vida e integridad física o cultural; para implementar mega proyectos, planes de inversión o desarrollo que puedan afectar las condiciones de subsistencia de las poblaciones indígenas; o a fin de adoptar decisiones que puedan afectar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena. Pues bien, a nuestro juicio, las disposiciones estudiadas de la LCP y del Reglamento cumplen el mismo objetivo perseguido por la propuesta no aceptada de las organizaciones indígenas: garantizar la supervivencia de dichos colectivos como pueblos étnicamente diferenciados.

¹¹⁰ No debe olvidarse el carácter de norma mínima de los Convenios Internacionales del Trabajo. Como señala el propio C169 OIT: “la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbre o acuerdos nacionales” (artículo 35º).

¹¹¹ Séptima disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento (el subrayado es nuestro).

“Artículo 10º, numeral 1), del Reglamento LDI.-

En caso que la autoridad estatal facultada en el marco previsto por la Ley decida realizar el desplazamiento forzado, dicha autoridad deberá respetar las garantías siguientes: 1) Adoptar la medida en coordinación con la población afectada y organizada debiendo recabar su consentimiento libre e informado de manera previa a la decisión” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en el supuesto de que la medida sometida a consulta suponga trasladar a los pueblos indígenas u originarios de las tierras que tradicionalmente ocupan, las autoridades públicas tendrán el deber de recabar el consentimiento previo, libre e informado de los mencionados colectivos. O, lo que es lo mismo, sin la aquiescencia de éstos no se podrá llevar a cabo su desplazamiento forzoso. Claramente, pues, en este aspecto nuestro Derecho interno se adecua a los estándares internacionales establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH y, como tal, supera los requisitos mínimos previstos en el artículo 16º, numeral 2), del C169 OIT¹¹².

Ahora bien, a nuestro juicio, todas las medidas previamente señaladas restringen la potestad constitucional del Estado de decidir cómo se aprovechan los recursos naturales, en tanto patrimonio de la nación (artículo 66º de la Constitución). ¿Esto quiere decir que son inconstitucionales? De ninguna manera, toda vez que las mismas están plenamente justificadas desde que garantizan el derecho fundamental de los pueblos indígenas a subsistir como un colectivo social y culturalmente diferenciado; derecho que se encuentra protegido, en nuestro marco constitucional, por los derechos: (i) a la identidad étnica y cultural (artículo 2º, numeral 19) y (ii) a la propiedad (artículos 2º, numeral 16, y 70º) interpretado, este último, a luz de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los alcances de la CADH en materia de pueblos indígenas y tribales. Es más, ésta es la conclusión a la que se llegaría si se somete esta controversia a las pautas del constitucional “análisis de ponderación”.

En efecto, tal como ha precisado el TC en reiterada jurisprudencia, el mencionado test, que es el método que debe utilizarse para resolver los casos de conflictos entre principios constitucionales (como el planteado en el párrafo precedente), consta de tres sub-principios: (i) el “test de idoneidad” que exige que la medida restrictiva sea idónea para garantizar un fin constitucionalmente legítimo; (ii) el “test de necesidad” que consiste en demostrar la inexistencia de una medida alternativa igualmente idónea pero menos restrictiva con el principio constitucional afectado; y (iii) el “test de proporcionalidad *strictu sensu*” que sostiene que la medida restrictiva será constitucional siempre que el grado de realización del

¹¹² Al respecto, véase: supra, nota al pie 107.

fin garantizado sea equivalente o proporcional al nivel de afectación del principio contrapuesto¹¹³. Si se aplican estas pautas a las medidas que se están estudiando (recabar el consentimiento para explorar o explotar recursos naturales, o desplazar forzosamente a los pueblos indígenas), se llega a la conclusión: (i) que las mismas son idóneas para garantizar un fin constitucional legítimo: el derecho fundamental de dichos pueblos a subsistir como un colectivo social y culturalmente diferenciado; (ii) que no existe una medida menos onerosa para la potestad constitucional del Estado prevista en el artículo 66º de la Constitución, igualmente idónea para asegurar la supervivencia de los mencionados pueblos indígenas: la sola obligación de consultar en ciertos casos extremos, en los términos de la jurisprudencia de la Corte IDH, no cumple con ese objetivo¹¹⁴; y (iii) que el grado de restricción a las potestades estatales (no poder decidir ejecutar determinados proyectos), es claramente menor en relación con el grado de satisfacción del derecho garantizado: la subsistencia de los pueblos indígenas. En tal sentido, no cabe duda que las medidas restrictivas estudiadas en este punto, son plenamente constitucionales.

2.7 La obligación estatal de revisar las medidas adoptadas sin haber cumplido con las garantías del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales

La Corte IDH, en el caso *Saramaka*, también tuvo que estudiar cuál es el status jurídico de las concesiones para la explotación de recursos naturales otorgadas por el Estado de Surinam, sin haberse cumplido con las garantías previstas para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas. Para dicho Tribunal, estos supuestos constituyen una violación del derecho de propiedad previsto en la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar¹¹⁵, y por ende, dispuso que “respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, (...), con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka”¹¹⁶.

Esta obligación estatal de revisar las medidas que ya se hubieran adoptado y, eventualmente, de modificar las mismas en función del grado de puesta en peligro del pueblo en cuestión (lo que, incluso, podría acarrear su nulidad), es muy importante para nuestro ordenamiento jurídico. Ello es así porque, actualmente, existe incertidumbre sobre el tratamiento que deberá otorgarse a las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado peruano entre la entrada en vigencia del C169 OIT y la entrada en vigor de la

¹¹³ Cfr. STC del 3 de junio de 2005, Exp. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC (acumulado), fundamento 109.

¹¹⁴ Cfr. Supra, punto 2.6.1.

¹¹⁵ Cfr. Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 141-158; y Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008..., párr. 55.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., punto resolutorio 5 (el subrayado es nuestro).

LCP, sin haberse cumplido con efectuar los respectivos procesos de consulta previa; incertidumbre que no ha sido resuelta con la emisión de la LCP y de su Reglamento

Efectivamente, el artículo 2º del Decreto Supremo 001-2012-MC, que aprobó el Reglamento, señaló claramente que éste “entrará en vigor al día siguiente de su publicación” y, como tal, que será aplicable tan sólo “a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha” (el subrayado es nuestro). Con ello se establece que surtirá efectos hacia adelante y que no tendrá implicancias sobre aquellas medidas legislativas o administrativas ya adoptadas. Lo cual ratifica lo ya señalado en la Segunda Disposición Complementaria Final de la LCP que dispuso que la misma “tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia” (el subrayado es nuestro). Claramente, pues, estas dos normas han dejado erróneamente abierto este problema.

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional sí ha previsto una solución para este problema. En efecto, en razonamiento similar al expresado por la Corte IDH, ha señalado que “la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT” y, como tal, que “desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”, razón por la cual precisa que los pueblos indígenas pueden “promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar”¹¹⁷. Queda claro, entonces, que el derecho a la consulta previa es jurídicamente exigible desde la fecha de entrada en vigor del C169 OIT en el Perú (el 2 de febrero de 1995) y, por tanto, que las medidas estatales adoptadas en violación de tal derecho son susceptibles de anulación (o, al menos, reevaluación) en sede judicial.

En tal sentido, a la luz del DIDH (y de la propia jurisprudencia de nuestro TC), los pueblos indígenas o tribales que consideren que sus derechos se vieron afectados por concesiones otorgadas entre la entrada en vigencia del C169 OIT y la entrada en vigor de la LCP, pueden exigir la revisión de las mismas a los efectos de su modificación o, incluso, anulación; teniendo expedito para ello la vía procesal del amparo que, como resalta el propio TC, resulta ser el “remedio procesal instituido con el propósito de tutelar todos los derechos constitucionales (como el derecho a la consulta previa) con excepción de aquellos que se protegen en el Habeas Corpus y en el Habeas Data”¹¹⁸.

¹¹⁷ STC del 17 de marzo de 2011, recaída en el Exp. 00025-2009-PI/TC, fundamento 23 y 33 (el subrayado es nuestro).

¹¹⁸ Ibid., fundamento 33.

3. Reglas sobre el desarrollo del procedimiento de consulta

3.1 Obligaciones internacionales en torno a la forma cómo debe desarrollarse el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales

El DIDH no fija en forma rigurosa la forma cómo debe ejecutarse el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales. No obstante, existen una serie de criterios cualitativos de los cuales se desprende que el mismo debe ser llevado de tal forma que permita a los pueblos indígenas y tribales informarse, evaluar y tomar una decisión, conforme a sus usos y costumbres, con respecto a la medida que se ha puesto a su consideración.

Efectivamente, el C169 OIT establece que la consulta a los pueblos indígenas y tribales debe desarrollarse de “buena fe” y de “manera apropiada a las circunstancias”¹¹⁹; características que, según la propia OIT, exigen que el proceso de consulta se efectúe en un clima de confianza mutua y, sobre todo, otorgando el “tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”¹²⁰. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte IDH que, *en el caso Saramaka*, ha señalado que “las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados” y, por tanto, teniendo “en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”¹²¹.

Consecuentemente, se puede concluir que, sea cual sea el procedimiento establecido por las legislaciones internas, el mismo no puede suponer poner en entre dicho: (i) el principio de buena fe que debe guiar las negociaciones, y (ii) la obligación de llevarlas a cabo respetando los procedimientos internos del pueblo indígena o tribal para tomar sus propias decisiones.

3.2 El procedimiento de consulta previa en nuestro Derecho interno

La LCP establece ocho (8) etapas, a saber la de identificación de la *medida* legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; la de identificación de *los pueblos* indígenas u originarios a ser consultados; la de *publicidad* de la medida legislativa o administrativa a

¹¹⁹ Cfr. Artículo 6º, numeral 1), literal c), del C169 OIT.

¹²⁰ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”..., p. 62.

¹²¹ Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam..., párr. 133.

consultar; la de *evaluación interna* de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida que les afectaría directamente; la del proceso de *diálogo* entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas, y la etapa de *decisión*¹²².

Por su parte, el Reglamento señala las mismas etapas entre sus artículos 14º a 23º, si bien autoriza la posibilidad de una nueva etapa, señalada bajo el epígrafe “[r]euniones preparatorias”¹²³. Asimismo agrega, como era previsible, una serie de preceptos a modo de complemento, algunos de los cuales poseen gravitante importancia como se pasará a ver en lo que sigue.

3.2.1 Primer tramo del proceso de consulta: regulaciones de alcances discutibles y de difícil aplicación práctica

Este primer tramo incluye tanto la identificación de la *medida a consultar* como la identificación de la colectividad a ser consultada. De principio el artículo 14 reglamentario establece que es el Estado (la *entidad promotora*) quien decide sobre ambas materias¹²⁴.

Sin embargo, también se admite que se produzca una solicitud sobre la adopción de la medida a consultar originada en algún “administrado”, que sin ser parte en el proceso puede ser invitado en el curso del mismo a “brindar información, realizar aclaraciones o (...[incluso para]...) evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida” (artículo 12º del Reglamento).

A nuestro juicio, la figura de “un administrado” como solicitante de la medida a consultar y su involucramiento en el proceso mismo de la consulta incluso para fines evaluativos, es imprecisa en sus alcances e incierta en sus eventuales formas de utilización. Si ocurriera por ejemplo que el “administrado” fuese una entidad o personaje privado que pudiera resultar beneficiario del resultado exitoso de la consulta o de su frustración, no parece razonable autorizársele reglamentariamente a que pueda promover e intervenir en el proceso. A nuestro ver, el referido papel del “administrado” si bien no está expresamente proscrito tampoco está previsto en la LCP, por lo que consideramos aconsejable su eliminación

¹²² Cfr. Artículo 8º de la LCP, de donde deriva este recuento.

¹²³ El Reglamento se apoya así en el ya acotado artículo 8º de la LCP que al hacer la enumeración de etapas refiere que esta constituye un mínimo.

¹²⁴ Tal es así porque el acotado artículo 14º indica que el proceso de consulta se inicia con la identificación de la medida a consultar y de la colectividad indígena a ser consultada, conforme a lo señalado en la LCP, mientras esta última a su vez señala que son “[l]as entidades estatales [las que] deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas [de modo que] se proceda a una consulta previa” (artículo 9º primer párrafo), y asimismo que “[l]a identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa” (artículo 10º).



atendiendo al criterio de que un reglamento no debe ir más allá de los establecido por la ley que regula¹²⁵.

De otro lado, en cuanto a la escogencia de la colectividad indígena a ser consultada la LCP permite que *otras* colectividades indígenas pidan que, también a ellas, aun cuando no se les hubiere escogido inicialmente, se les aplique el “proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente”, pudiendo así requerirlo a la “entidad estatal promotora”. Si esta última desestima el pedido, la colectividad interesada podrá formular impugnación ante el Viceministerio de Interculturalidad, cuya eventual desestimatoria podrá a su vez cuestionarse ante los órganos judiciales (artículo 9, segundo y tercer párrafos, y primera de las Disposiciones Complementarias Finales de la LCP).

Tal posibilidad abierta por la Ley no está regulada debidamente por la normativa del Reglamento, ya que éste en su artículo 24^o establece como plazo *máximo* del proceso de consulta a ciento veinte (120) días naturales, lapso en el cual muy probablemente, de existir desestimatorias a lo solicitado no queden resueltos ni la solicitud ni las impugnaciones en el ámbito administrativo –a cargo de la entidad promotora y el Viceministerio de Interculturalidad-, ni menos aún agotado el trámite adicional de carácter judicial¹²⁶. De así ocurrir y si el proceso de consulta impulsado originalmente hubiere proseguido curso, habrán resultado inútiles la solicitud y reclamaciones de cualquier otra colectividad distinta a la inicialmente escogida, para involucrarse en la consulta. Más aun la situación se agrava porque el Reglamento dispone que la apelación sea sin efecto suspensivo¹²⁷, cuando en la Comisión Multisectorial se acordó que la impugnación detenga temporalmente la ejecución del proceso de consulta.

Peor situación surgiría si es que en el ámbito judicial se desestima o refuta la validez de las decisiones administrativas ya que, de producirse tal circunstancia, podría entenderse que el proceso de consulta originalmente impulsado y concluido resultaría nulo aun cuando se hubiere alcanzado acuerdo pleno entre la entidad promotora y la colectividad que sí pudo intervenir en el proceso.

Ante estas posibilidades, ha debido –y aún debería– avanzarse hacia el dictado de una normativa con rango de Ley, que enfrente y elimine los problemas anotados.

¹²⁵ Recuérdese que al artículo 118(8) de la Constitución reza: “Corresponde al Presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

¹²⁶ Es imaginable que en aplicación de la Ley No. 27584, que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo.

¹²⁷ Cuando un medio impugnatorio suspende los efectos de la medida que se somete a revisión, el Derecho afirma que la misma “tiene efectos suspensivos”. Por el contrario, cuando su interposición no afecta o paraliza la aplicación de la medida cuestionada, se niega tal condición y, por ende, “no tiene efectos suspensivos”.

3.2.2 Las reuniones preparatorias: sólo para algunas colectividades

Las Reuniones Preparatorias son una posibilidad que el artículo 15 del Reglamento deja a decisión de la entidad promotora, quien tendrá la facultad de realizarlas con la colectividad escogida ya sea para informarle de la “propuesta” de Plan de Consulta o para avanzar en casos de “especial complejidad” en que fuera necesario hacer precisiones mayores a las que aparecen en el texto del Reglamento.

No parece justo o equitativo que sea la mera decisión de la entidad promotora la que defina con cuáles entidades indígenas sí cabe reunirse de modo preparatorio e, implícitamente, con cuáles no hacerlo. Al margen de las situaciones de especial complejidad, en todos los casos las colectividades a consultar deberían tener idéntico derecho a conocer los correspondientes Planes de Consulta en igualdad de condiciones; tanto más cuanto de esto puede derivar una mayor información y comprensión del proceso que se emprenderá, así como, según fluye del artículo 16º del Reglamento, de la naturaleza específica de la medida a consultar.

3.2.3 Contenido unilateral y mandatorio del plan de consulta

El artículo 16 reglamentario aborda la entrega del Plan de Consulta y de la propuesta de medida a consultar por parte de la entidad promotora a la respectiva colectividad seleccionada, disponiendo que en aquel Plan se incluyan indicaciones sobre entre otros aspectos “[l]as obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta”, asimismo “[l]os plazos y el tiempo para consultar, que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta”, la “[m]etodología del proceso de consulta”, y “[l]os mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.”

Dado que no existe norma reglamentaria alguna que expresamente disponga que este Plan con tales disposiciones sea fruto del consenso con las entidades indígenas, es de inferir que será la parte estatal, la entidad promotora, quien por sí y ante sí, ajena a la opinión y sugerencias de la colectividad a consultar, la que decida e imponga lo que estime conveniente sobre las esenciales materias antes indicadas.

La situación descrita dispuesta por el Reglamento, contradice diversas normas de la LCP como la relativa a la finalidad de la consulta, donde se plantea la existencia de un diálogo que garantice a los pueblos indígenas “su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado” (artículo 3 in fine), y todavía más claramente se contraviene aquellas disposiciones de la misma Ley sobre el principio de *buena fe* del cual se predica, según antes se ha anotado, que debe suponer “un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo” (artículo

4(c)), clima que no se entiende cómo podrá plasmarse si se empieza con una imposición unilateral de términos de negociación. Similarmente se contradicen el principio de información oportuna que obliga a la parte estatal a brindar aquella a la colectividad seleccionada “desde el inicio del proceso de consulta” (artículo 4(g)) y, por cierto, contraviene el principio de “[a]usencia de coacción o condicionamiento” que debe ser lo característico de “la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta” (artículo 4(f)).

Ante la trasgresión de la LCP por el artículo 16 del Reglamento debe proponerse la inaplicación de este último en virtud del principio general de prevalencia de la norma legal sobre la reglamentaria que le contravenga, y, en su oportunidad, cabrá incoar un proceso constitucional de acción popular planteando la eliminación del referido artículo 16 del ordenamiento jurídico.

3.2.4 La “etapa” de publicidad de la medida a consultar: ¿un “acto” de entrega?

Esta etapa se encuentra prevista en el artículo 11 de la LCP, donde se apunta que la “[p]ublicidad” consiste en poner en conocimiento de las entidades destinatarias de la consulta la medida a consultar por medios culturalmente apropiados. Lamentablemente, el primer párrafo del artículo 17 del Reglamento asume un talante constrictivo, ya que aborda la publicidad restringiéndola a la pura entrega a aquellas entidades de la propuesta de medida a consultar, simultáneamente a la entrega del Plan de Consulta.¹²⁸

En este sentido el segundo párrafo del artículo 17^o establece que la entrega de la propuesta de medida y el Plan de Consulta –lo cual como fue anotado resulta simultáneo- “culmina esta etapa.”

Aparecen, pues, algunas faltas de claridad y probablemente hasta de consistencia, ya que no resulta muy entendible que una “etapa” quede agotada en el –único- acto de entrega simultánea de una propuesta y un Plan. Más difícil aún es asumir que este acto constituye “publicidad”. Finalmente, contribuye a la oscuridad de este tratamiento reglamentario el que del artículo 24 del mismo texto se desprenda que el cómputo del plazo máximo de la consulta (120 días) se inicia con “la entrega de la propuesta”, es decir desde una etapa que en realidad es un acto.

3.2.5 Regulaciones sobre la etapa de información que debieran mejorarse

¹²⁸ Adviértase que con ello el primer párrafo del artículo 17^o no hace más que reiterar lo que ya el artículo precedente del mismo texto ha sostenido en su parte inicial. En efecto, el art. 16 del Reglamento empieza diciendo que “[e]l Plan de Consulta debe ser entregado (...) junto con la propuesta de la medida a consultar (...)”.

De modo general tanto el numeral 12 de la LCP como el artículo 18 reglamentario, plantean la etapa de información como un momento en que deberá ofrecerse a la colectividad indígena involucrada, todas las referencias y datos necesarios para el desarrollo de la consulta.

Sin embargo, el Reglamento no muestra suficiente coherencia con la LCP ya que mientras ésta habla de que el ofrecimiento informativo debe ser brindado “con la debida anticipación” (sic), en vez de ello el texto reglamentario que la información debe ser “oportuna” (artículo 18(2)). De ahí entonces que la entrega de información pueda ser, en palabras del Reglamento, oportuna (es decir efectuada en la ocasión de la etapa informativa), aunque con ello no se cumpla el requisito de la LCP sobre la existencia de la “debida anticipación” para la entrega de los elementos informativos (lo cual se muestra sin duda más razonable si de una consulta apropiada se trata).

Por último valga anotar que el artículo 18(3) opta por una vía elusiva al disponer que la entidad promotora solo “alentará” a la colectividad indígena a que cuente con “la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida”. Esta disposición reglamentaria disuena y hasta contradice el sentido del artículo 18º de la LCP relativo a los “[r]ecursos para la consulta” donde se dispone en términos inequívocamente amplios, que las entidades estatales “deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas” (el subrayado es nuestro). Un texto reglamentario ajustado y acorde a la LCP que persiga el objetivo de que se cuente con la asistencia técnica necesaria para la comprensión de la medida, debió plantear que el financiamiento de dicha asistencia correría a cargo –dentro de márgenes razonables- de la entidad promotora de la medida que propone a consulta.

3.2.6 La etapa de evaluación interna y emergencia del plazo como tendencia constrictiva

El artículo 19 del Reglamento se dedica, en hasta siete sub-numerales, a *describir* los elementos que caracterizarán la evaluación de la propuesta gubernamental de la medida en consulta, por parte del correspondiente colectivo destinatario de la misma.

Se plantea así que la evaluación deberá discurrir en “un plazo razonable” el cual queda fijado reglamentariamente en 30 días calendario como “máximo” (artículo 19(1) y 19(7)). Se plantea igualmente la inclusión del apoyo logístico a brindar a la parte indígena, entre los costos del proceso de consulta (artículo 19(3) en concordancia con el artículo 26

reglamentario¹²⁹); se establece también que antes de vencerse el plazo correspondiente a la etapa, la parte consultada deberá entregar a la entidad promotora un documento cierto donde figure ya sea el acuerdo con la propuesta gubernamental, en cuyo caso concluirá en lo sustancial la consulta, ya sea la contrapropuesta, en cuyo caso se destinará esta última a la siguiente etapa (artículo 19(3) y 19.(4)); se establece asimismo que cuando la parte consultada no manifieste acuerdo con la propuesta gubernamental ni tampoco formule una contrapropuesta, se entenderá que hubo desacuerdo con el planteamiento de la entidad promotora, debiendo la parte consultada presentar en la primera reunión de la etapa siguiente (la de diálogo) “los resultados de la [su] evaluación interna” bajo advertencia, caso que no se cumpliera injustificadamente con la presentación requerida durante la etapa de diálogo, de tener a la colectividad en abandono de la consulta y pasándose la etapa de decisión gubernamental (artículo 19(4) y 19(5)); finalmente, se admite que si eventualmente surgieran divergencias entre representantes del colectivo consultado podrán todos éstos, no obstante ello, participar en la etapa de diálogo inmediata siguiente.

Como se advierte de la sucinta descripción del acotado artículo 19 del Reglamento, se trata de una norma esencialmente operativa o procedimental. Lo que en este marco aparece sin embargo con significativo relieve, es el tema del plazo asignado a esta etapa destinada al examen interno del planteamiento gubernamental, por la parte indígena. Cabe recordar que la LCP dispone que “deberá contar[se] 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 (...) derechos colectivos” de la entidad consultada (artículo 13^o).

En relación con esto el Reglamento en su artículo 19(1) enfatiza también la exigencia del “plazo razonable”¹³⁰. No obstante el mismo Reglamento casi de inmediato, en el artículo 19(7), determina que el plazo “máximo “de la evaluación interna será de 30 días calendario, al margen de la naturaleza o alcances de la medida adoptar, asumiendo por tanto que aquel es el límite mayor del “plazo razonable” referido seis numerales antes. No puede olvidarse además que tal límite, en tanto máximo, admite *per se* lapsos todavía menores a los 30 días

¹²⁹ Este último artículo indica: “Artículo 26. - *Financiamiento del proceso de consulta*

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 este artículo.”*

¹³⁰ Dice este numeral: “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”.



según la voluntad de la entidad promotora (estatal), conforme aparecerá en el unilateral Plan de Consulta que tal entidad disponga¹³¹.

La imposibilidad de concertación entre las partes en cuanto a la duración de esta etapa, puede llevar a situaciones generadoras de tensiones y hasta eventualmente a conflictos dada la escasez de tiempo. Este diseño normativo reglamentario, lamentablemente, está en las antípodas del criterio de “flexibilidad” que preconiza la OIT y que establece el C169, del cual tanto la LCP como el Reglamento se supone que deberían ser desarrollos específicos¹³².

3.2.7 La etapa de diálogo y evidencia definitiva de la extrema rigidez del plazo

El artículo 20 dedica parte de su texto también a *describir* elementos de detalle en cuanto al diálogo, señalando algunos bastante obvios como el que se debe dialogar sobre los puntos donde exista diferencia de posición entre las partes haciéndose una exposición al respecto (artículo 20(1) y 20(7)(b)); el que la ubicación o sede donde el diálogo se desarrolle podrá implicar que la entidad promotora asuma los gastos de traslado, alojamiento y alimentación de los representantes de la entidad consultada (artículo 20(2), 20(3) y 20(5)); el que si una de las colectividades consultadas fuese renuente a proseguir en el proceso, cambiar de decisión e incorporarse a éste (artículo 20(4)), y el derecho a que la parte consultada emplee su lengua nativa o el idioma oficial, recurriéndose a intérpretes de resultar necesario (artículo 20(7)(a)).

Pero es en relación al plazo que el Reglamento en su artículo 20(6) enfatiza una opción, estimamos cuando menos poco realista si se intenta llegar en efecto, lealmente, a un acuerdo¹³³ ya que plantea un “máximo” de 30 días para esta etapa aun cuando admite la posibilidad de una extensión por acuerdo de las partes en el proceso de consulta. Esto último pareciera ser una vía de flexibilidad. No obstante, es claro que conforme a lo dicho si la vocación de la colectividad indígena fuese proseguir con el diálogo, el que ello en efecto se logre quedará en manos de la representación estatal (entidad promotora), pues sin su *acuerdo* no será factible extensión alguna. Por lo demás, debe tenerse presente que el artículo 24º del propio Reglamento reza: “El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días”

¹³¹ Cfr. los apartados 7) y 7.1) del presente documento.

¹³² El artículo 34º del C169 OIT señala literalmente: “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”.

¹³³ Que el artículo 5(a) del Reglamento establece que las consultas deben caracterizarse por “el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento” mientras el literal d) del mismo artículo enfatiza que las consultas tienen la “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”.

calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de la medida administrativa o legislativa hasta la firma del acta de consulta” (el subrayado es nuestro).

Por consiguiente, ateniéndonos a los alcances de la norma precitada donde aparece un límite definitivo para el despliegue de lo sustancial del proceso de consulta, la posibilidad de ampliación de la etapa de diálogo además de requerir la aquiescencia de la parte estatal solo resultaría posible en desmedro de los plazos máximos de las etapas anteriores, lo que ciertamente evidencia una rigidez exagerada y poco o nada congruente con la búsqueda genuina de acuerdos y, ciertamente, la evitación de conflictos.

Convendría por tanto avanzar en una modificación reglamentaria que dé un mayor plazo para la etapa verdaderamente crucial del diálogo –podría estimársela como lo esencial de la consulta- para no someterse a los poco razonables constreñimientos del actual diseño. En ese sentido, creemos que podría discutirse establecer mediante una modificación reglamentaria, que a modo de criterio general disponga el doble del plazo actual, cabiendo de modo excepcional –aquí sí mediando acuerdo de partes– una prórroga mayor de forma que se garantice que el procedimiento sea conducido de conformidad con los criterios generales previstos en el C169 OIT, en especial aquel que exige que las consultas sean llevadas de “manera apropiada a las circunstancias”¹³⁴.

3.2.8 El control estatal de la suspensión y la terminación de la consulta durante la etapa de diálogo, sin mecanismos de garantía de igualdad entre las partes

El artículo 21(2) del Reglamento admite el derecho de las colectividades consultadas a desistirse o abandonar el proceso de consulta en que se encuentren involucradas, bastando para ello que la entidad promotora ante una tal postura de la colectividad y luego de intentar agotar “todos los medios previstos en la Ley y el Reglamento para generar escenarios de diálogo”, dé por concluida la etapa.

Pero al margen de la voluntad de la parte consultada en cuanto a no participar del proceso, el artículo 21(1) regula la posibilidad de que –siempre mediando un informe motivado- la entidad promotora *suspenda* la consulta por un plazo de hasta 15 días calendario si se hubieren producido “actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo” (el subrayado es nuestro). Y concluido el plazo de suspensión, añade la norma, la entidad promotora *podrá*, coordinado con la parte consultada *si le es posible*, convocar al diálogo en un lugar donde se garantice la prosecución del proceso.

¹³⁴ Artículo 6º, numeral 1), del C169 OIT.

Ahora bien, a renglón seguido el mismo artículo 21(1) plantea que “[e]n cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan esa decisión (...) luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión” (el subrayado es nuestro).

Una primera constatación a resaltar, por más que resulte evidente, es que al margen de la renuencia clara y definitiva de la colectividad consultada en cuanto al proseguir el diálogo con la parte estatal, será esta última la que tendrá el control y la decisión sobre si el diálogo concluye o prosigue. Eso se desprende de la asignación a la entidad promotora de la atribución de suspender esa etapa cuando hubieren perturbaciones *ajenas a las partes*, y, asimismo, la de que ponga fin al diálogo *en cualquier caso* que la *falta de buena fe* impida, en su opinión argumentada, proseguir con el mismo.

No se entiende si la suspensión de la etapa podría llevar finalmente a la conclusión o la finalización del diálogo, pues la primera –la suspensión- no tendría como causante a la colectividad indígena en tanto derivaría de hechos “ajenos a las partes”, vale decir ajenos a dicha colectividad; mientras la *finalización* de proceso debería derivar del quebrantamiento de la “buena fe” lo cual sí resultaría imputable necesariamente a una de las partes¹³⁵, aunque en específico a la colectividad consultada, dado que la terminación referida aparece como atribución únicamente de la parte estatal.

Todo ello no se muestra equitativo y podría generar la imposición definitiva de arbitrariedades, pues no aparece claro si la decisión de la parte estatal pudiese siquiera ser recurrible (impugnable) ante una autoridad superior con alguna posibilidad de eficacia, considerando que producida la conclusión del diálogo se pasa de inmediato a la etapa de “decisión” estatal y –se entiende- a la rápida adopción de la medida consultada.

Finalmente, queda incierto en este contexto de control estatal de la duración de la etapa de diálogo, si el ejercicio legítimo de derechos constitucionales –derechos fundamentales y derechos humanos- como el de la libertad de expresión y opinión, de reunión y otros similares, podrán ser concebidos como falta de buena fe o perturbaciones de terceros para justificar la suspensión o terminación de la etapa¹³⁶.

3.2.9 La obligatoriedad de los acuerdos parciales: una precisión correcta pero aún insuficiente

¹³⁵ El artículo 3(d) reglamentario, hacia el final de su primer párrafo establece que el principio de buena fe es “*aplicable a ambas partes*”.

¹³⁶ Baste recordar que el principio de Buena Fe según el art. 3(d) del Reglamento comprende exigencias tan amplias e indeterminadas como el “[c]ooperar con el desarrollo de la consulta” y la “[e]xclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta”.

El artículo 22º del Reglamento contiene previsiones obvias respecto al contenido del Acta de Consulta como documento formal final de la interlocución entre la colectividad consultada y la entidad promotora, tales como que deberá estar suscrita por los representantes de las partes y el que a falta de suscripción –de la parte consultada, se entiende- se tendrá como un desacuerdo que dará curso a la decisión final y unilateral de la entidad promotora. Se incluye también la exigencia obvia de incluir en el Acta la existencia de acuerdo o desacuerdo, y los fundamentos de este último si fuere el caso; asimismo la norma se coloca en el supuesto de que solo existan acuerdos “parciales” disponiéndose que igualmente deberá incluirse las razones del correlativo desacuerdo parcial en el Acta (artículo 22(1)). Y en relación a este último punto, del artículo 22(3) se desprende que aun cuando únicamente se arribara a un “acuerdo (...) parcial” éste tendrá “carácter obligatorio para las partes”¹³⁷.

Consideramos correcto e importante que el texto reglamentario admita tanto la validez como la obligatoriedad de los acuerdos a pesar que ellos sean solamente *parciales*. Es de esperar no obstante, que en los hechos no se aduzca la inseparabilidad de lo acordado *en parte*, con aquello no acordado, para dar curso a formas de limitación de lo que fue objeto de consenso como podría ocurrir, por ejemplo, con el abono disminuido del monto de las compensaciones concordadas, o su impago en la oportunidad debida –y también concordada– a causa de la limitada o fallida implementación de obras públicas sobre cuyas características no se hubiere logrado acuerdo.

¹³⁷ Dice literalmente el art. 22(3): “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”.

4. A manera de conclusión:

Luego de haber revisado minuciosamente el texto de la LCP, que es la primera en su género en América Latina, y su Reglamento a la luz del DIDH, como conclusión general debemos señalar que nuestro Derecho interno sobre consulta previa contiene aspectos que cumplen con los estándares internacionales mínimos pero, a su vez, existen otros que, desafortunadamente, no satisfacen los mismos y, como tal, requieren ser modificados.

Entre los aspectos positivos que hemos detectado, debemos destacar los siguientes:

1. Nuestro ordenamiento constitucional, tal como lo ha señalado el TC en reiterada jurisprudencia, reconoce que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa es un derecho fundamental.
2. La LCP y su Reglamento recogen adecuadamente los criterios objetivos de identificación de los pueblos indígenas previstos en el C169 OIT.
3. La LCP y su Reglamento reconocen expresamente el vínculo especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales.
4. Se reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los territorios que tradicionalmente ocupan.
5. Se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a usar y usufructuar los recursos naturales que se encuentran en sus territorios y que tradicionalmente son usados.
6. Se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las medidas administrativas o legislativas que los afectan directamente, aunque se hace de manera restringida.
7. Se recogen las condiciones de exploración y explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, previstas en el artículo 15º, numeral 2), del C169 OIT.
8. Se precisa que las medidas estatales a ser adoptadas no pueden poner en riesgo la supervivencia como pueblos de los colectivos indígenas. Asimismo, se resalta que en caso de desplazamientos forzados es necesario contar con el consentimiento previo, libre e informado, de los pueblos del caso.
9. La jurisprudencia del TC claramente señala que el C169 OIT está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, que el mismo es auto-aplicativo y, por tanto, desde ese entonces es plenamente exigible en sede judicial. En tal sentido, son pasibles de

anulación las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la LCP sin haberse realizado el proceso de consulta previsto en el instrumento internacional mencionado.

Por otro lado, entre los aspectos cuestionables de nuestra normativa interna sobre consulta previa, es necesario resaltar los que siguen:

1. Se excluye a los pueblos tribales.
2. Incoherentemente no se incorpora como pueblos indígenas *per se* a las comunidades campesinas y nativas.
3. La Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012/MC que regula la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, contraviniendo la propia LCP y su Reglamento, restringe significativamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas.
4. Para un mayor nivel de garantía, varias salvaguardas debieron haberse consagrado en la LCP y no sólo en su Reglamento, tales como la relativa a la imposibilidad de adoptar medidas que pongan en riesgo la supervivencia de los pueblos indígenas o aquella que remite a la Ley sobre desplazamientos internos en el supuesto de movilización forzada de estos colectivos.
5. No se precisa la oportunidad de la consulta (si es antes de la adopción de la decisión o de su ejecución).
6. Se excluye indebidamente una serie de medidas administrativas y legislativas del proceso de consulta previa.
7. No se ha recogido expresamente el supuesto de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre consentimiento previo, libre e informado, frente a proyectos de gran escala que ocasionarían un impacto significativo en el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas como colectivo social y étnicamente diferenciado.
8. La LCP y su Reglamento han dejado erróneamente abierto el problema de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, pero posteriores a la entrada en vigor del C169 OIT en el Perú.
9. El procedimiento de consulta, tal como ha sido regulado en la LCP y su Reglamento, no se ajusta a los criterios cualitativos previstos en el DIDH, a saber el principio de



“buena fe” y la obligación de llevar a cabo las negociaciones de “manera apropiada a las circunstancias”, todo ello respetando los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales. Entre los problemas encontrados resaltan los siguientes: (i) se fija un plazo máximo para el procedimiento que resulta estrecho y, sobre todo, la duración máxima prevista para la etapa de diálogo es claramente reducida; (ii) el Estado asume el rol de conductor de la negociación (cuando deberían ser ambas partes) y, prueba de ello, impone unilateralmente el plan de consulta e, incluso, la dinámica en que el diálogo va a ocurrir; (iii) no se ha establecido un canal adecuado para encauzar eficientemente los posibles reclamos de los pueblos indígenas excluidos de la convocatoria inicial; y (iv) no hay obligación precisa del Estado de otorgar recursos suficientes para viabilizar la asistencia técnica que requieran los pueblos indígenas a ser consultados.

Consideramos en COMISEDH que un balance objetivo no puede dejar de reconocer los aspectos positivos que presentan tanto la LCP como su Reglamento. Por supuesto, esta opinión no excluye la necesaria o imprescindible modificación de todos aquellos aspectos de nuestro Derecho interno que no cumplen con los estándares internacionales mínimos consignados en este documento, entre los cuales es urgente modificar sustancialmente en el corto plazo: (i) la LCP y su Reglamento en lo referido al procedimiento de consulta, y (ii) la Directiva que regula la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios; ya que, como se ha demostrado en este trabajo, constituyen una seria traba para el normal desarrollo del proceso de consulta previa.

Para terminar, queremos ratificar que el balance contenido en el presente documento pretende contribuir al debate sobre los alcances de la LCP y su Reglamento. En ese sentido, esperamos que nuestras opiniones aporten al perfeccionamiento de los mismos, a los efectos de adecuarlos a lo previsto por el DIDH.

ANEXO

Referencias jurídicas utilizadas

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 de fecha 17 de enero de 1994 y vigente, en nuestro ordenamiento, desde el 2 de febrero de 1995 (disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>).
- OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169). En: Conferencia Internacional del Trabajo, 100ava reunión, 2011, ILC.100/III/1ª, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pp. 860-865. (disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf).
- OIT-CEACR. Observación Individual 2010, Perú (disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:927630288658783::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2328582).
- OIT-CEACR. Observación Individual 2009, Perú. En: OIT, Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, pp. 113-124 (disponible en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf).
- OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009 (disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf).
- OIT. Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Ginebra, 2003, p. 7 (disponible en: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf).
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Fondo, reparaciones y costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf).
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf).
- Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo,

- Reparaciones y Costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf).
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
 - Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf).
 - Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf).
 - Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas (disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).
 - Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.LV/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009 (disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>).
 - Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295 de la Asamblea General, del 13 de septiembre de 2007 (disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>).
 - ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 15/7 del Consejo de Derechos Humanos. Sexagésimo sexto período de sesiones, A/66/150, 10 de agosto de 2011 (disponible en: <http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/documentos/diquisinfoucr/Informe%20Relator%20James%20Anaya.pdf>).
 - STC del 8 de junio de 2011, recaída en el expediente N° 00725-2010-PC/TC (disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00725-2010-AC.html>).
 - STC del 17 de marzo de 2011, recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC (disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>).
 - STC del 9 de junio de 2010, recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC (disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>).
 - Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009 (disponible en: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5CSalasSupremas%5CSPP%5Cdocumentos%5CACUERDO_PLENARIO_01-2009-CJ-116_301209.pdf).

- Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura, vigente desde el día siguiente de su publicación el 22 de julio de 2010 (disponible en: <http://www.mcultura.gob.pe/documentosweb/02cf987c21bb422e4baf34ad81f8c3fc/leycreacionministeriocultura.pdf>).
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el C169 OIT, vigente desde los noventa días de su publicación el 7 de septiembre de 2011 (disponible en: http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/doc/Ley%2029785_LCP_castellano.pdf).
- Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el C169 OIT, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, vigente desde el día siguiente de su publicación el 3 de abril de 2012 (disponible en: <http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf>).
- Directiva 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, aprobada por la Resolución Ministerial 202-2012-MC (disponible en: <http://www.indepa.gob.pe/PDF/transparencia/Normatividad/Ministerio%20de%20Cultura/RM%20202-2012-MC%20Aprueban%20Directiva%20que%20regula%20el%20funcionamiento%20de%20la%20Base%20de%20Datos%20Oficial%20de%20Pueblos.pdf>).
- Ley N° 28223, Ley sobre los desplazamientos internos (disponible en: http://www.mimdes.gob.pe/files/DIRECCIONES/DGDCP/normas/Ley_28223.pdf).
- Reglamento de la Ley N° 28223, Ley sobre los desplazamientos internos, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2005-MINDES (disponible en: http://www.mimdes.gob.pe/files/DIRECCIONES/DGDCP/normas/Reglamento_Ley_28223.pdf).
- Ley N° 24656, Ley general de comunidades campesinas (disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/24656.pdf>).
- Decreto Ley N° 22175, Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva (disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/22175.pdf>).