



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado

Tensiones entre la visión de desarrollo y conservación de las políticas públicas y los derechos de los pueblos indígenas: pueblos indígenas y políticas sobre conservación y extracción en los andes amazónicos

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y
Ciencia Política

AUTOR

César Leonidas GAMBOA BALBÍN

ASESOR

Dra. Carmen MEZA INGAR

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Gamboa, C. (2017). *Tensiones entre la visión de desarrollo y conservación de las políticas públicas y los derechos de los pueblos indígenas: pueblos indígenas y políticas sobre conservación y extracción en los andes amazónicos* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política / Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

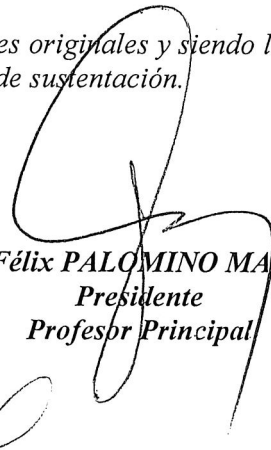
En la ciudad de Lima, a los veinte días del mes de junio del año dos mil diecisiete, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Dra. Carmen Meza Ingar, Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca, Dr. Wilfredo Jesús Ardito Vega, Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Mg. César Leonidas GAMBOA BALBÍN, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "TENSIONES ENTRE LA VISIÓN DE DESARROLLO Y CONSERVACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: PUEBLOS INDÍGENAS Y POLÍTICAS SOBRE CONSERVACIÓN Y EXTRACCIÓN EN LOS ANDES AMAZÓNICOS".

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

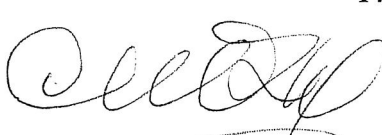
APROBADO CON UNA NOTA DE MUY BUENO (18) DIECIOCHO

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al Mg. César Leonidas GAMBOA BALBÍN.

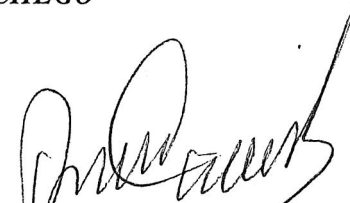
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Presidente
Profesor Principal


Dra. Carmen MEZA INGAR

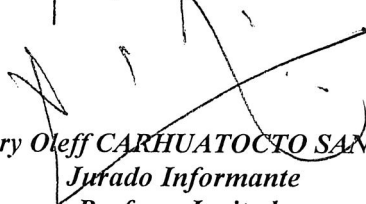
Asesora
Profesora Principal


Dr. Francisco Rogger CARRUITERO LECCA

Jurado Informante
Profesor Asociado


Dr. Wilfredo Jesús ARDITO VEGA

Miembro
Profesor Contratado


Dr. Henry Oleff CARHUATOCTO SANDOVAL

Jurado Informante
Profesor Invitado

AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis Doctoral ha sido dirigida por la Doctora Carmen Meza, a la cual debo el apoyo intelectual para finalizar la presente tesis. Especial agradecimiento extendiendo a tres personas que considero mis amigos intelectuales: a Cristóbal Aljovín De Losada, por su confianza depositada en mí para abarcar temas tan sombríos y apasionados de la historia del derecho peruano en el Proyecto “Fondo para el Fortalecimiento Democrático - Siembra Democracia”: “Historia de las Elecciones en el Perú desde la Cortes de Cádiz hasta Nuestros Días” (Instituto de Estudios Peruanos-Ford Foundation y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos); y a Raquel Irigoyen, a la cual debo agradecer sus sugerencias y el apoyo intelectual a esta investigación.

Asimismo, debo agradecer a los docentes Ramiro Ávila, Alejandro Moreano, Julio César Trujillo, Fernando Chamorro, Ligia Bolívar, Oscar Forero, Silvia Rivera y especialmente a Judith Salgado, Coordinadora del Curso de Especialización Superior en Derechos Humanos (2003), por el aporte de su conocimiento, experiencia, dosis de entusiasmo y el apoyo moral durante mi participación en el mencionado curso. Finalmente, debo renovar mi agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar y a la “Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo” (COSUDE), por permitir mi participación como alumno becario en el referido curso y por el financiamiento del trabajo de investigación a través del “Fondo de Investigaciones en Derechos Humanos PADH-UASB/COSUDE”, sobre la cual se basa esta tesis doctoral.

Con justa razón debo agradecer al Instituto Internacional de Sociología Jurídica, el cual me adjudicó en un primer momento una beca residencia en el año 2005 para desarrollar esta tesis doctoral y después me dieron las facilidades como profesor visitante para utilizar su centro de documentación el 2006. Mi presencia en dicha institución no hubiera sido posible sin la concesión de la beca de formación permanente de la Fundación Carolina para financiar el inicio de la investigación sobre derechos colectivos constitucionalizados de los pueblos indígenas, especialmente, el tratamiento jurídico social de los pueblos indígenas “aislados”, a la cual le estoy sumamente agradecido por su constante apoyo.

Debo agradecer a mi familia, a mis padres, Freddy Viterbo Gamboa González y Mercedes Elena Balbín Zambrano, y a mi hermana Aída, por el apoyo moral y

afectivo para continuar con mi tarea de investigación. Mi padre fue el principal gestor de mi formación académica; desde muy pequeño me inculcó el vicio irracional de la lectura y la importancia de la dialéctica como forma de pensar. Mi padre fue mi primer gran maestro y no existen títulos ni grados que reconozcan la huella imborrable de su ser en la historia de los hombres que lo conocieron y lo leyeron. A mis tías Mabel y Gilda Gamboa, por el apoyo afectivo y material a pesar de la distancia y el tiempo que nos separa. Su cariño mantiene los lazos familiares que unen a seres que siguen conociéndose como una familia. Finalmente, a ti Pilar Camero Berríos, mi esposa querida, te agradezco tu fe ciega en mí, tu apoyo incondicional en todo momento, tu entusiasmo, tu compartir, tu ser y querer, para que terminara tan denodada empresa. En realidad, ninguna dedicatoria en un trabajo de investigación sería suficiente para honrar el cariño de estos seres queridos.

A todos ellos, mi más sincero agradecimiento.

A Aníbal Ismodes, maestro sanmarquino.

A Mi Padre, mi Primer y Gran Maestro.

A Mi Madre, mi Primer y Gran Aliento.

A Aída, gracias por tus sonrisas.

A Pilar, sin ti no hay razón de existir ni de escribir.

Y a Gabriel, que está por nacer y ya ha hecho mucho por mí....

A Alejandra, que sus miradas me generan paz.

«Quizá conmigo empieza a cerrarse un ciclo y a abrirse otro en el Perú y lo que él representa: se cierra el de la calandria consoladora, del azote; del arrieraje, del odio impotente, de los fúnebres “alzamientos”, del temor a Dios y del predominio de ese Dios y sus protegidos, sus fabricantes; se abre el de la luz y la fuerza liberadora invencible del hombre de Vietnam, el de la calandria de fuego, el del dios liberador. Aquel que se reintegra. Vallejo era el principio y el fin»

José María Arguedas.-

LOS ZORROS.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	II
DEDICATORIA	IV
ÍNDICE	1
LISTA DE CUADROS	7
LISTA DE ACRÓNIMOS	9
RESUMEN EJECUTIVO	12
ABSTRACT	14
 INTRODUCCIÓN	 16
 <u>CAPÍTULO PRIMERO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u>	 18
1. TÍTULO DEL PROYECTO	18
2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	18
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	19
3.1. PROBLEMA GENERAL	19
3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	19
4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
4.1. OBJETIVO GENERAL	20
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	20
5. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	21
5.1. HIPÓTESIS GENERAL	21
5.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	21
6. JUSTIFICACIÓN	22
7. ALCANCES Y LIMITACIONES	24
8. MÉTODO	25
8.1. TIPO Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	25
8.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	26
9. VARIABLES	30
10. POBLACIÓN	32
11. MUESTRA	33
12. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	33

<u>CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO TEÓRICO</u>	34
1. ANTECEDENTES	34
1.1. PROBLEMAS HISTÓRICOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	34
1.2. ABORDAJE CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	36
1.3. DEFINICIÓN DE ESTADO, NACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS	37
2. TEORÍAS GENERALES	39
2.1. TEORÍA POLÍTICA LIBERAL	39
2.2. TEORÍA POLÍTICA COMUNITARISTA	42
2.3. TEORÍA MULTICULTURAL	44
3. TEORÍAS ESPECIALIZADAS	47
3.1. TEORÍA DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL	47
3.2. TEORÍA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	49
3.3. VISIÓN DE DESARROLLO Y SOSTENIBILIDAD	65
4. MARCO CONCEPTUAL	103
4.1. NOCIÓN GENERAL DE PUEBLOS INDÍGENAS	104
4.1.1. CONCEPTO HOMOGENIZADOR DE DIMENSIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL	105
4.1.2. CONCEPTOS DE DIMENSIÓN NACIONAL	106
4.2. NOCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS “COLECTIVOS”	109
4.2.1. DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	109
4.2.2. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	110
4.2.3. DERECHOS COLECTIVOS COMO DERECHOS ESPECIALES	112
4.2.4. DERECHOS COLECTIVOS COMO BIENES PÚBLICOS	113
4.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	114
4.3.1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS	114
4.3.2. CONTENIDO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS	115
4.3.3. EFICACIA SOCIAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS	115

4.4.	CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	117
4.4.1.	DERECHO COLECTIVO DE “IDENTIDAD”	119
4.4.2.	DERECHO COLECTIVO DE “AUTONOMÍA”	120
4.4.3.	DERECHO COLECTIVO DE “TERRITORIALIDAD”	122
5.	BASE HISTÓRICA	123
5.1.	RECONOCIMIENTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	125
5.2.	HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS “INDIOS”: SIGLO XIX	127
5.3.	HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS “INDIOS”: SIGLO XIX	131
5.4.	RECIENTE HISTORIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	134
6.	BASE JURÍDICA	137
6.1.	PRINCIPIO INTERNACIONAL DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS	140
6.2.	DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	143
6.3.	CONVENIO N° 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN ESTADOS O PAÍSES INDEPENDIENTES	147
6.4.	DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	148
6.5.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	152
6.6.	LA SENTENCIA AWAS TINGNI VS. NICARAGUA	154
6.7.	CONSTITUCIONES DE PAÍSES ANDINOS	158
6.8.	TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL ANDINO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS	163
	<u>CAPÍTULO TERCERO. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS</u>	169
1.	HIPÓTESIS PRINCIPAL “EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ESTÁ RESTRINGIDO POR LA VISIÓN POLÍTICA NORMATIVA DE LA EXTRACCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES”.	169
1.1.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	169
1.2.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	171

2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1 CONTRADICCIONES A NIVEL CONSTITUCIONAL	171
2.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	171
2.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	172
2.2.1. DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993	172
2.2.1.1. CONSTITUCIÓN PARCA Y CONVENIO 169 EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	173
2.2.1.2. CLAUSULAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS INDÍGENAS	185
2.2.1.3. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD COMUNAL	191
2.2.1.4. PRIMACÍA DE LA SOBERANÍA NACIONAL SOBRE RECURSOS NATURALES	195
2.2.2. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS INDÍGENAS POR SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	201
2.2.2.1. INVERSIONES EN TIERRAS INDÍGENAS EN AMAZONIA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	202
2.2.2.2. EL CONFLICTO DE BAGUA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	204
2.2.2.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SINUOSA	206
3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2 CONTRADICCIONES A NIVEL DE LA LEGISLACIÓN DE COMUNIDADES NATIVAS Y CAMPESINAS	211
3.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	211
3.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	212
3.2.1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	213
3.2.1.1. CONTEXTO LEGAL DEL RÉGIMEN DE COMUNIDADES	213
3.2.1.2. CONTEXTO RECIENTE DEL RÉGIMEN DE COMUNIDADES	215
3.2.1.3. DIALOGO JURÍDICO SOBRE COMUNIDADES 2000	218
3.2.1.4. PROPUESTAS JURÍDICAS DE ORGANIZACIONES INDÍGENAS	220
3.2.2. LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	227
3.2.2.1. PERSONERÍA JURÍDICA	227
3.2.2.2. REGULACIÓN DE LA ASAMBLEA DE LAS COMUNIDADES	231
3.2.2.3. INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA	233
3.2.2.4. REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNAL	247
3.2.2.5. REGULACIÓN DEL USO DE LOS RECURSOS NATURALES EN	

COMUNIDADES	255
4. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3 CONTRADICCIONES A NIVEL DE LA LEGISLACIÓN DE CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA	260
4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	261
4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	261
4.2.1. SUJETOS DE DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA	262
4.2.1.1. CONTEXTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	262
4.2.1.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	265
4.2.1.3. SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	270
4.2.2. LIMITACIONES PROCEDIMENTALES DE LA LEY 29785 LEY DE CONSULTA PREVIA	274
4.2.2.1. CONTEXTO DE LA LEY 29785 LEY DE CONSULTA PREVIA	275
4.2.2.2. LEY 29785 LA LEY DE CONSULTA PREVIA	278
4.2.2.3. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA	284
4.2.2.4. LIMITACIONES PROCEDIMENTALES	287
4.2.3. OPORTUNIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	295
4.2.3.1. ANTECEDENTES DEL MOMENTO DE LA CONSULTA PREVIA	295
4.2.3.2. OPORTUNIDAD DE LA CONSULTA EN EL SECTOR EXTRACTIVO	300
4.2.4. CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR EXTRACTIVO	304
4.2.4.1. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR EXTRACTIVO	305
4.2.4.2. CONSULTA PREVIA EN LOS SECTORES EXTRACTIVOS	308
4.2.4.3. CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO	315
5. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 4 CONTRADICCIONES A NIVEL DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL	317
5.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	319
5.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	319
5.2.1. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL	319
5.2.1.1. EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL	319
5.2.1.2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL A LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS	323
5.2.2. CREACIÓN DE RESERVAS TERRITORIALES PARA PUEBLOS INDÍGENAS	

EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL	333
5.2.2.1. DEFINICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL	333
5.2.2.2. CONTEXTO DE CREACIÓN DE RESERVA TERRITORIALES	335
5.2.2.3. CREACIÓN DE RESERVA INDÍGENAS	339
5.2.3. INTANGIBILIDAD DE LAS RESERVAS Y EXTRACCIÓN DE RECURSOS	341
5.2.3.1. CONTEXTO DE SUPERPOSICIONES INVERSIONES EN RESERVAS TERRITORIALES E INDÍGENAS DE PUEBLOS AISLADOS	341
5.2.3.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES EN LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS	346
5.2.3.3. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE RESERVAS TERRITORIALES E INDÍGENAS	351
5.2.4. MECANISMOS DE MITIGACIÓN: CASO RESERVA NAHUA KUGAPAKORI Y NANTI RTNK	356
5.2.4.1. ESTÁNDARES DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID	357
5.2.4.2. IMPLEMENTACIÓN DEL DECRETO SUPREMO N° 028-2003-AG Y PLAN DE PROTECCIÓN DE LA RESERVA TERRITORIAL RTNK	362
5.2.4.3. RECOMENDACIONES DEFENSORIALES	367
5.2.4.4. EXPANSIÓN DE HIDROCARBUROS EN LOTE 88 Y RTNK	373
<u>CAPÍTULO CUARTO. DISCUSIÓN</u>	375
1. DISCUSIÓN	375
2. CONCLUSIONES	376
3. RECOMENDACIONES	381
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	385
4.1. FUENTES DOCUMENTARIAS	385
4.2. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	386
4.3. FUENTES HEMEROGRÁFICAS	398
ANEXO. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	422

LISTA DE CUADROS

Número	Cuadros	Página
1	Operacionalización de la Investigación	27
2	Matriz de Consistencia	28
3	Derecho al Medio Ambiente	73
4	Contenido de la Constitución Ambiental	74
5	Principios Ambientales en el Perú	77
6	Marco Legal de Participación Ciudadana en materia ambiental	80
7	Participación ciudadana en sectores extractivos energéticos	81
8	Propuestas de contenidos mínimos en las políticas multilaterales relacionadas a fuentes de energía	83
9	Principios de la transición post extractivista	94
10	Objetivos y medidas mínimas de gobernanza energética	102
11	Contenido del Derecho a la Participación de los Pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen	145
12	Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169	147
13	Derechos de los Pueblos Indígenas a la Autonomía	148
14	Cláusulas normativas monoculturales de las constituciones andinas	164
15	Reconocimiento Constitucional de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en los Países Andinos	164
16	Comparativo de Derechos Indígenas en Constitución de 1979 y 1993	174
17	Derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución de 1993	177
18	Dimensión Constitucional Monocultural del Perú	199
19	Ámbitos Jurídicos y Políticos sobre el Aprovechamiento de los Recursos Naturales por Pueblos Indígenas	198
20	Sentencias del TCP sobre Derecho a la Consulta Previa 2008-2010	210
21	Derechos de Pueblos Indígenas en el Sistema Jurídico Nacional	217
22	Legislación de Comunidades	232
23	Prioridades Política Indígena	237
24	Institucionalidad Indígena en el Perú	243
25	Comparación de afectación de derechos de Pueblos Indígenas por Convenio 169, Ley N° 29785 y Reglamento	270
26	Marco Conceptual y legal del Derecho a la Consulta	271

27	Comparación de definición de derechos de Pueblos Indígenas conforme el Convenio 169, Ley N° 29785 y Reglamento	273
28	Comparación entre Legislación de Hidrocarburos y Autógrafa	275
29	Diferencias normativas y posibles efectos negativos de las observaciones	277
30	Regulación del Procedimiento de la Consulta	282
31	Instrumentos de Consulta Previa	304
32	Regulación del Procedimiento de la Consulta	305
33	Comparación entre Acuerdo Previo, Participación Ambiental y Consulta Previa	309
34	Proceso de consulta previa en sectores	310
35	Casos de Consulta Previa en hidrocarburos 2014	314
36	Relación de Pueblos Indígenas Aislados en Sudamérica	321
37	Situación legal de los Pueblos Indígenas Aislados por País	328
38	Amenazas hacia los Pueblos Indígenas Aislados de la Amazonía y el Chaco	329
39	Ubicación de los Pueblos Indígenas Aislados en el Perú	336
40	Objetivos de creación de Áreas Protegidas contemplan la protección de Pueblos Indígenas Aislados	339
41	Naturaleza y Contenido Jurídico de las Reservas Territoriales del Estado a favor de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y en Contacto Inicial	340
42	Definición de Reserva Territorial y Reserva Indígena	341
43	Listado de superposición de Lotes de Hidrocarburos con Reservas Territoriales para Pueblos Indígenas Aislados de forma irregular hasta noviembre de 2008	345

LISTA DE ACRONIMOS

ACC	Acción Ciudadana Camisea
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACONADIYSH	Asociación de Comunidades Nativas para el Desarrollo Integral de Yurúa-Sharekoia
ACR	Área de Conservación Regional
AECID	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
AIDSEP	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
AMUMA	Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente
ANP	Área Natural Protegida
BIC	Bank Information Center
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
BNDES	Banco Nacional de Desarrollo Social
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CARDHY	Consejo Asháninka del Río Huacapisthea del Distrito de Yurúa
CCP	Confederación Campesina del Perú
CENSI	Centro Nacional de Salud Intercultural
CEPLAN	Centro Nacional de Planeamiento Estratégico
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
	Comité Indígena Internacional para la Protección de los Pueblos en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Amazonía, el Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay
CIPIACI	
CNA	Confederación Nacional Agraria
CNUMAD	Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo
COMARU	Consejo Machiguenga del Río Urubamba
CONAM	Consejo Nacional del Ambiente
CONAP	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
CONAPA	Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPAAAAE	Comisión de Pueblos Indígenas
CTI	Centro de Trabajo Indigenista
CVR	Comisión de la Verdad y Reconciliación
DAR	Derecho, Ambiente y Recursos Naturales
DCF	Disposición Complementaria y Final
DCP	Derecho de consulta previa
DGPOA	Dirección General de Pueblos Originarios y Afroperuano
DICAPI	Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú
DIRESA	Dirección Regional de Salud Ambiental
DL	Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica

EIA	Estudio de Impacto Ambiental
FECONASHCRA	Federación de Comunidades Nativas Shipibo de la cuenca del río Aguaytía
FENACOCA	Federación Nativa de Comunidades Cacataibo
FMI	Fondo Monetario Internacional
FUNAI	Fundación Nacional del Indio
GdP	Gobierno del Perú
GEI	Gas de Efecto Invernadero
GTCI	Grupo Técnico de Coordinación Interinstitucional
GTZ	Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Cooperación Técnica Alemana)
GWH	Gigavatio por hora
IBC	Instituto del Bien Común
ICR	Indígenas en Contacto Reciente
IFC	Corporación Financiera Internacional
IIAP	Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana
IIRSA	Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana
IMARPE	Instituto del Mar del Perú
INDEPA	Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos
INGEMMET	Instituto Geológico Minero y Metalúrgico
INRENA	Instituto Nacional de Recursos Naturales
JICA	Agencia de Cooperación Internacional del Japón
LGA	Ley General del Ambiente
LNG	Líquidos de Gas Natural
MC	Ministerio de Cultura
MEM	Ministerio de Energía y Minas
MIMDES	Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
MINAGRI	Ministerio de Agricultura y Riego
MINAM	Ministerio de Ambiente
MINSA	Ministerio de Salud
MTC	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
MW	Megavatio
OEA	Organización de los Estados Americanos
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ORAU	Organización Regional Aidesep Ucayali
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
OXY	Occidental Petroleum Corporation
PBI	Producto Bruto Interno
PCM	Presidencia del Consejo de Ministros
PETT	Proyecto Especial de Titulación Territorial
PIACI	Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial
PIDDDCCPP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PN	Parque Nacional

PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PPII	Pueblos Indígenas
PRT3	Proyecto de titulación de tierras de comunidades y predios individuales
Repsol YPF	Repsol Yacimientos Petrolíferos Fiscales
Río+20	Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro, Brasil
RT	Reserva Territorial
RTEKNN	Reserva Territorial del Estado a favor de los Grupos Étnicos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros
RTKN	Reserva Nahua Kugapakori Nanti
SEIA	Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental
SENACE	Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles
SERFOR	Servicio Forestal
SERNANP	Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SNGA	Sistema Nacional de Gestión Ambiental
TCP	Tribunal Constitucional del Perú
TdR	Término de Referencia
TLC	Tratado de Libre Comercio
TUPA	Texto Único de Procedimiento Administrativo
UCIFP	Unión de Comunidades Indígenas Fronterizas del Perú
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
VMI	Viceministerio de Interculturalidad
WRI	World Resources Institute
WWF	World Wildlife Fund

RESUMEN

Los derechos de los pueblos indígenas son considerados como derechos humanos de tercera generación. Derechos que cuestionaron el pensamiento liberal de los derechos humanos, pues su ejercicio es de titularidad y ejercicio colectivo, superando el concepto individualista del ser humano. Poco a poco la legislación internacional y nacional ha ido incorporando los derechos de estos pueblos en las políticas públicas de los Estados. Todo ello se ha venido impulsado por la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derecho de los pueblos indígenas en países independientes (1989), así como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

El primer paso para dicha incorporación en la legislación nacional, es el reconocimiento y desarrollo constitucional sobre el derecho de estos pueblos. Después de experiencias comparadas fallidas (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) y un sin número de tensiones normativas y conflictos socioambientales en tierras de comunidades campesinas y nativas, en reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial –ahora reservas indígenas-, etc. es un proceso complejo y dialectico, donde el reconocimiento constitucional y legal expresa dichas tensiones normativas.

Del otro lado de esta antípoda, se encuentra una visión de desarrollo de las sociedades contemporáneas que no contempla un espacio coherente, a nivel político, a nivel normativo, al menos de coordinación, con el ejercicio de los derechos ante mencionados. Es más, la opción de desarrollo proviene de la promoción de inversiones extractivas en los Andes Amazonía del Perú. Este modelo que otorga derecho a terceros produce una suerte de tensiones desde su concepción, por ejemplo a nivel constitucional, hasta su implementación en el marco legal nacional y sectorial (inversiones en extractivas, minería, energía, infraestructura).

Así, para solucionar las tensiones normativas pasa por analizar, evaluar y recomendar las correcciones necesarias entre el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas y la visión de desarrollo desde la extracción de los recursos naturales (políticas y normativas) en los Andes Amazonía Peruana en la Constitución de 1993, las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y la legislación nacional de comunidades campesinas y nativas, de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y del derecho a la consulta previa, libre e

informada.

Para analizar estas tensiones normativas producidas por la incompleta incorporación de derechos de los pueblos indígenas, se hace necesario identificar en un primer momento la contradicción, por ejemplo, entre el derecho constitucional de la propiedad indígena, y su contradicción con el principio constitucional de la soberanía de los recursos naturales.

Un segundo campo de comprobación de esta contradicción es la legislación de comunidades nativas y campesinas y sus restricciones en el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas frente al otorgamiento de derechos de aprovechamiento a terceros (inversiones mineras y de energía); el régimen de protección de pueblos indígenas en aislamiento y la relativa intangibilidad de las tierras de estos pueblos para permitir inversiones extractivas, y la inaplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada en proyectos de servicios públicos, procedimiento formal de 120 días sin considerar la diferencia cultural o la restricción de la representatividad indígena, son algunos de los ejemplos de una serie de tensiones y vacíos que la presente investigación pretende presentar con la finalidad de comprobar la hipótesis que no es adecuado el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas frente a las inversiones extractivas, por lo que es necesario reformar el marco jurídico en este campo.

Palabras clave: Pueblos Indígenas, Derechos Colectivos, Comunidades, Tierras de comunidades, consulta previa, pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial

ABSTRACT

The rights of indigenous peoples are considered as third generation human rights, Rights that questioned the liberal view of human rights, whose ownership and exercise is collective way. Step by step, international and national legislation have incorporated indigenous rights into the public policies. All this has been promoted by the adoption of ILO Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (1989), as well as the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007).

The first step for such incorporation into national legislation is the recognition of the right of these peoples at constitutional level. After Andes Countries experiences (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) and a number of normative tensions and socioenvironmental conflicts on indigenous communities' lands, on territorial reserves for indigenous peoples in isolation and in initial contact -now indigenous reserves -, etc. is a complex process, where legal and constitutional recognition express such normative contradictions.

On the other side of this antipode, there is a vision of development that does not contemplate a coherent space, at the political level, at the normative level, of coordination, with the exercise of the indigenous people rights. Moreover, the development model promotes extractive investments in the Amazonian Andes of Peru. This model, which exploits natural resources trough concessions to private companies, produces a series of environmental and social conflicts since its origin (constitutional level), to its implementation at national and sectoral legal framework (investments in mining, energy, infrastructure).

Thus, in order to solve the normative conflicts, it is necessary to analyze, assess and recommend the corrections between the legal recognition of indigenous people rights and the development model of the extraction of natural resources in the Peruvian Amazon Andes in Peruvian Constitution of 1993, The judicial decisions of the Peruvian Constitutional Court, indigenous communities legislation, indigenous peoples in isolation and initial contact legislation, and free, prior and informed consultation law.

In order to analyze these normative conflicts produced by the incomplete incorporation of indigenous peoples' rights, it is necessary to identify the first contradiction in Peruvian domestic law, for example, between the constitutional right

of indigenous property and the constitutional principle of state sovereignty over natural resources, even though in indigenous lands.

A second verification of these contradictions is the legislation of “comunidades campesinas y nativas” and their restrictions on the recognition of indigenous peoples' rights against natural resources concessions for private companies (mining and energy investments); The regime of protection of indigenous peoples in isolation and the weakness of intangibility of these indigenous lands to allow extractive investments; and the non-application of the free, prior and informed consultation right in public service projects, a formal procedure of 120 days without consideration of cultural difference or the restriction of indigenous representativeness during consultation proceedings; are some of the examples of a series of normative conflicts and gaps that the current investigation intends to present in order to verify the hypothesis that the constitutional and legal recognition of the indigenous people rights regarding extractive investments legal framework, so it is necessary to reform the legal and constitutional framework in this field.

Key words: Indigenous people, Collective rights, Communities, communities' lands, free, prior and informed consultation, indigenous people isolated and initial contact

INTRODUCCIÓN

El enfoque jurídico de nuestra investigación estará centrado en las contradicciones normativas entre los derechos de los pueblos indígenas y la visión de desarrollo de las inversiones extractivas en los Andes Amazonía. En ese sentido, esta investigación busca analizar diversas instituciones de derechos indígenas recogidas en la Constitución de 1993 y Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano; en la legislación de las comunidades nativas y campesinas; la legislación sobre pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial; y la legislación de consulta previa, libre e informada para identificar las contradicciones normativas con la legislación de inversiones extractivas en el derecho nacional.

Esta tesis se divide en cuatro capítulos. Los primeros dos capítulos son el marco metodológico y marco teórico en que se desenvuelve esta investigación. El capítulo tercero presenta los resultados de la comprobación de las hipótesis mencionadas en nuestro plan de tesis. El último capítulo presenta la discusión sobre conclusiones y recomendaciones finales de nuestra investigación.

En el marco teórico hemos utilizado los fundamentos filosófico políticos, históricos y normativos, desde un enfoque de derechos humanos, de estos derechos especiales de los pueblos indígenas, tanto en titularidad, ejercicio y en obligaciones estatales para su pleno reconocimiento y ejercicio de estos derechos; un segundo elemento es la descripción analítica de la legislación nacional sobre pueblos indígenas, tanto de los regímenes especiales de comunidades nativas y campesinas, pueblos indígenas aislados y de consulta previa. Será importante analizar el rol del Convenio 169 de la OIT, así como el papel jugado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el reconocimiento, la puesta en vigencia e identificación del contenido de estos derechos en la legislación nacional mediante el litigio regional. Se encontrará que los reconocimientos de los derechos indígenas se producen en la tensión de la promoción de las inversiones, pues muchos de los casos identificados como conflictos socioambientales tienen como factores las contradicciones de derechos y poderes estatales en, por ejemplo, la administración de los recursos naturales.

El capítulo tercero encierra la constatación de nuestras hipótesis desde cuatro elementos fundamentales: el primero, la tensión entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y su conflicto con bienes

jurídico constitucionales relacionados a la visión de desarrollo de las inversiones (por ejemplo, soberanía estatal de los recursos naturales); el segundo es la contradicción entre la legislación de comunidades nativas y campesinas y la legislación de promoción de inversiones extractivas (por ejemplo, las limitaciones de la propiedad comunal); tercero, los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y la superposición de inversiones en sus tierras (por ejemplo, la flexibilización de la intangibilidad de las reservas indígenas); y cuarto, la legislación sobre el derecho de consulta y sus limitaciones por la legislación de inversiones (caso de la inaplicación de la consulta para proyectos de inversión).

Finalmente, el último capítulo contiene las conclusiones arribadas, así como recomendaciones para el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, las fuentes bibliográficas y documentales en las cuales nos hemos basado para realizar la presente tesis. El marco temporal se desarrolla entre el 1993 hasta el 2014, con una actualización hasta junio de 2017.

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. TÍTULO DE LA TESIS

“Tensiones entre la Visión de Desarrollo y Conservación de las Políticas Públicas y los Derechos de los Pueblos Indígenas: Pueblos Indígenas y Políticas sobre Conservación y Extracción en los Andes Amazónicos”.

2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La presente investigación buscó identificar y analizar las tensiones y contradicciones normativas entre los derechos de los pueblos indígenas y la extracción de los recursos naturales en los Andes Amazonía. Para ello, se estudió la manera en que se ha incorporado los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993, del derecho internacional, la jurisprudencia constitucional y la legislación nacional pertinente y especializada hasta el 2014.

El enfoque jurídico de nuestra investigación estuvo centrado en la constatación de las contradicciones o antinomias entre la incorporación constitucional, convencional y legal de los derechos de los pueblos indígenas y las visiones políticas normativas de promoción de inversiones de extracción de los recursos naturales que afecten sus derechos. Derechos colectivos de pueblos indígenas como el reconocimiento de la personería jurídica de comunidades, limitaciones a la propiedad comunal, al aprovechamiento de recursos naturales, parcial intangibilidad de las reservas territoriales e indígenas para pueblos indígenas aislados y la inaplicación de la consulta previa para proyectos de infraestructura (servicios públicos) son restringidos por la primacía de la visión de desarrollo y su aplicación en proyectos extractivos en los Andes Amazonia.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

3.1. PROBLEMA GENERAL

- ¿Cuáles son los conflictos normativos entre los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional peruana y la visión político normativa de la extracción de los recursos naturales en tierras indígenas?

3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Problema Específico 1

¿Cuáles son los conflictos normativos constitucionales entre los derechos de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Problema Específico 2

¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de las comunidades nativas y campesinas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Problema Específico 3

¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Problema Específico 4

¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar las concordancias o inconsistencias normativas entre los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional peruana y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales en tierras indígenas.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Objetivo Específico 1

Identificar los conflictos normativos constitucionales entre los derechos de los pueblos indígenas en su relación con los principios de las inversiones en el sector extractivo en tierras indígenas.

Objetivo Específico 2

Identificar los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y su coherencia normativa con actividades extractivas en tierras indígenas.

Objetivo Específico 3

Identificar los conflictos normativos entre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y su interacción con la política y normativa de extracción de recursos naturales en tierras indígenas.

Objetivo Específico 4

Identificar los conflictos normativos entre los derechos de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial por la política y normativa de extracción de recursos naturales en tierras indígenas.

5. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

5.1. HIPÓTESIS GENERAL

- Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales en tierras indígenas se expresa en una restricción de derechos contemplados en el derecho constitucional peruano, en la legislación de comunidades, consulta previa y de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

5.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

Hipótesis Específica 1

Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los principios de las inversiones en el sector extractivo en tierras indígenas se expresan en la limitación a la propiedad comunal indígena y al acceso a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas en sus tierras.

Hipótesis Específica 2

Los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y la normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales en tierras indígenas se expresan en la limitación de la personería jurídica de las comunidades, en su autonomía organizativa, en el ejercicio de la propiedad comunal y el uso de recursos naturales.

Hipótesis Específica 3

Los conflictos normativos entre la legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y la política y normativa de extracción de recursos naturales en tierras indígenas se expresan en la restricción de la representatividad indígena, la inaplicación para proyectos de inversiones públicas y en los estudios de impacto ambiental.

Hipótesis Específica 4

Los conflictos normativos entre el régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y la legislación de extracción de los recursos naturales son las restricciones para la creación de reservas indígenas y la flexibilización de la intangibilidad de estas reservas indígenas.

6. JUSTIFICACIÓN

6.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La presente investigación permite un nuevo enfoque a las distintas ópticas sobre el tratamiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas. Además, posibilita expresar con claridad y objetividad la situación política normativa de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú como en otros sistemas legales de la región.

Asimismo, esta investigación permite identificar las dificultades que existen en lo que respecta a la eficacia de derechos humanos, específicamente, en materia de derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, busca llenar los posibles vacíos conceptuales en el tratamiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional, especialmente en contradicción con las políticas de las inversiones del sector extractivo de los Andes Amazonia. Por otro lado, cabe acotar que la presente investigación intenta contribuir de manera sustantiva a establecer patrones teóricos de integración entre los derechos humanos de tercera generación y los bienes y principios que sustentan la extracción de los recursos naturales.

Como tercera justificación, se busca aportar a la creación de una conciencia y una cultura de respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas como elemento innegable de la convivencia humana y eje central de una integración política sobre la base de los principios democráticos. En consecuencia, nuestra investigación está dirigida a los legisladores actuales, a las autoridades del Poder Ejecutivo encargadas de promover las políticas y acciones a favor de los pueblos indígenas (Ministerio de Cultura, Ministerio del Ambiente, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Presidencia del Consejo de Ministros), las organizaciones indígenas, expertos, academia y sociedad en general.

6.2. MOTIVACIÓN

La principal motivación fue identificar y proponer de forma doctrinaria y empírica un adecuado sistema constitucional y legal sobre los derechos de los pueblos indígenas para nuestro país. Esto lo hicimos analizando el tratamiento jurídico constitucional sobre la materia durante el periodo de vigencia de la Constitución de entre 1993 hasta el 2014, cuáles han sido las experiencias en su regulación y los vacíos en dicho tratamiento en función a sus contradicciones a la visión de desarrollo de las actividades extractivas.

Esta investigación es importante en la medida que analizamos si existen una serie de irregularidades en el tratamiento constitucional y legal sobre los derechos de los pueblos indígenas, a pesar que están garantizados en la Constitución Política y la legislación pertinente. Esperamos que sirva como aporte al proceso de reforma constitucional y esclarecer la problemática actual de conflictos socioambientales que vienen ocurriendo en la zona andina y en la Amazonia peruana.

Otra motivación es aportar a la creación de un espacio de reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas y con ello contribuir a comprender la recreación de los derechos humanos en la legislación comunitaria e internacional, en el constitucionalismo peruano y en la legislación nacional y sus tensiones con las inversiones extractivas.

Dados muchos de los cambios políticos producidos en las dos últimas décadas, pueden referirse a los aspectos geográficos, geopolíticos, etc. Dicho en otros términos, una modificación geopolítica puede influir o repercutir en el aspecto geográfico; un cambio en lo político influye en lo jurídico; etc., y así, sucesivamente. Un claro ejemplo de lo que afirmamos son los conflictos socioambientales que han venido ocurriendo en los Andes Amazonia del Perú, como sucedió alrededor del proyecto de Gas de Camisea el 2000, el minero en Tambogrande (2004); por las políticas de promoción de inversiones en Bagua (Conga), por la actividad minera en Conga (2011), etc.

Esta sociedad, como campo de estudio, nos lleva a analizar el problema actual del Estado en este mundo interconectado y globalizado. El problema actual del Estado es la cesión de competencias soberanas, lo que hace meditar el porqué de la existencia de los movimientos indígenas y su reclamo de incorporación

constitucional de sus derechos, su impacto normativo y político en la estructura de Estado y de gobierno.

7. ALCANCES Y LIMITACIONES

Delimitando el problema de la investigación sobre las contradicciones entre los derechos de los pueblos indígenas y la visión de desarrollo de las actividades extractivas, ésta se realizará analizando la Constitución, instrumentos internacionales vigentes para el Perú, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y normas de desarrollo constitucional y legal. En ese sentido, nos ajustaremos a la siguiente delimitación temporal, espacial y conceptual:

- **Delimitación Temporal:** De la Constitución de 1993 hasta 2014, actualizado hasta junio de 2017.
- **Delimitación Espacial:** El ámbito dentro del cual se tiene proyectado realizar la investigación es el Perú, especialmente las normas relacionadas a los derechos de los pueblos indígenas y la inconsistencia con la visión de desarrollo de la inversión extractiva que se concentra en la zona andina y amazónica de Perú.
- **Delimitación conceptual:** Se limita el estudio a los derechos de los pueblos indígenas en la legislación internacional, constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y legislación nacional pertinente.

La principal limitación que se encontró es la del acceso a documentos que puedan comprometer la responsabilidad política y administrativa de entidades públicas y privadas (Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Agricultura, Ministerio del Ambiente, Presidencia del Consejo de Ministros), especialmente cuando muchos de estos han dejado de existir y no existe un acervo documentario en las actuales instituciones (Ministerio de Cultura, Viceministerio de Interculturalidad, Ministerio del Ambiente, Servicio Forestal SERFOR) que se encargan de las mismas funciones (Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-CONAPA, Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos INDEPA, Instituto Nacional de Recursos Naturales INRENA).

8. MÉTODO

Es importante señalar cuales son los parámetros elegidos para nuestra investigación, los métodos y las técnicas utilizadas para determinar el resultado de nuestra hipótesis.

8.1. TIPO Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Por el tipo de estudio de investigación que realizamos, será calificada como **Tesis Jurídico Descriptiva-Explicativa**, por los objetivos trazados en un inicio de esta investigación. De acuerdo a Ramos Suyo:

“(…) este tipo de investigaciones hemos de utilidad el método de análisis, que posibilita descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos o particularidades, con el objetivo de establecer relaciones y niveles de la normatividad jurídico-social, para su operacionalización correspondiente”¹.

Se identifica los elementos del derecho constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, los mecanismos de reconocimiento, integración y ejercicio de derechos, por lo que también nos detendremos en identificar las causas de las posibles tensiones con el marco de políticas y normativas del sector extractivo.

En consecuencia, la presente investigación es no experimental y recurre para constatar su hipótesis principal especialmente al método descriptivo explicativo, exegético y dogmático. Asimismo, una característica fundamental de nuestra investigación es documental, donde estudiaremos los derechos de los pueblos indígenas en la legislación peruana en su tensión con el marco político de inversiones extractivas. Tal como señala Jorge Witker, la presente investigación se ciñe a “aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista”², por lo que nuestras fuentes de verificación son documentos que contienen normas internacionales y nacionales y sentencias judiciales.

En cuanto a los Métodos de Investigación, son los siguientes:

¹ RAMOS SUYO, Juan Abraham, *Elabore su Tesis en Derecho. Pre y Post Grado*, 2da ed. Lima, Editorial San Marcos, 2008, p. 138.

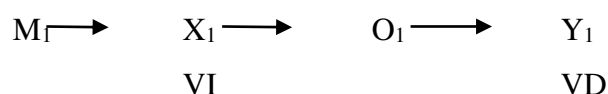
² WITKER, Jorge, *La Investigación Jurídica*, México, Mc Graw-Hill, 1994, p. 59.

1. **Lógico jurídico.** Este método de investigación nos será de utilidad para establecer la relación causal entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y su incorporación en el derecho nacional, así como la relación causal entre el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas y su relación con los presupuestos de la visión de desarrollo de inversiones extractivas.
2. **Dogmático.** Este método nos permite delimitar el área de las normas a investigar, las que se delimitan en función a la interpretación y aplicación del derecho de los pueblos indígenas que se encuentran vigentes. Asimismo, nos permitirá integrar los conceptos jurídicos de nuestra investigación con el marco jurídico de los derechos de los pueblos indígenas y de las inversiones extractivas.
3. **Método Histórico y Ex post facto.** Este método es útil para entender el proceso histórico del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y su eficacia, coherencia y validez en las distintas constituciones previa (antecedentes) a la Constitución de 1993 hasta el 2014.
4. **Método Exegético.** Utilizaremos este método interpretativo para determinar el alcance y el sentido de las normas constitucionales, internacionales y legales, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, relacionadas a los derechos de los pueblos indígenas y el marco político legal de las inversiones en el sector extractivo.

8.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación es una estructura u organización esquematizada que adoptamos para relacionar y controlar las variables de esta investigación. Como se ha señalado en el tipo de investigación, el estudio de la presente investigación es no experimental de tipo transversal. Es transversal porque describe la situación en un momento dado y requiere la observación de los sujetos estudiados en el mismo momento durante un periodo de tiempo, es decir, es adecuado para describir el estado del fenómeno (reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas) estudiado en un momento determinado frente al

marco de inversiones en el sector extractivo. El diseño de esta investigación está graficado de la siguiente manera:



M₁: Muestra 1 (un solo grupo de estudio)

X₁: Variable(s) Independiente(s) de estudio

O₁: Observaciones 1: Resultados

Y₁: Variable Dependiente

La operacionalización de la investigación es de la siguiente manera:

CUADRO 1 OPERACIONALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Indicadores	Unidades de análisis	Técnicas	Instrumentos
• Reconocimiento de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas • Reconocimiento de Derechos de Identidad • Reconocimiento Derechos de Autonomía • Reconocimiento de Derechos Territoriales	• Convenio 169 OIT • Sentencias de la CIDH • Leyes de desarrollo constitucional en materia indígena (comunidades, pueblos indígenas aislados, y consulta previa).	Técnica Análisis Documental Técnica Análisis de Contenido	Fichas Técnicas: bibliográficas, hemerográficas, etc.; fichas textuales, de resumen, de comentario y de planteamientos
Limitaciones de la Propiedad Comunal Otorgamiento del derecho de aprovechamiento (Régimen de Concesiones) Evaluación Ambiental para actividades extractivas en reservas territoriales. Licitación pública para proyectos en hidrocarburos y electricidad.	Constitución 1993 Ley Orgánica Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales Ley para la Conservación de la Diversidad Biológica. Ley Sectorial en Minería Hidrocarburos y Electricidad Legislación sectorial para participación ciudadana.	Técnica Análisis Documental Técnica Análisis de Contenido	Fichas Técnicas: bibliográficas, hemerográficas, etc.; fichas textuales, de resumen, de comentario y de planteamientos

Fuente: Elaboración propia.

La medición de los indicadores será a través de la escala nominal que nos permite ubicar a las variables en categorías de “adecuado” o “no adecuado”, “incorporado” o “no incorporado”, “subsunción” o no “subsunción”, de los derechos de los pueblos indígenas y la visión de desarrollo de proyectos extractivos.

CUADRO 2 MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problema General ¿Cuáles son los conflictos normativos entre los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional peruana y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales?	Objetivo General Analizar las concordancias o inconsistencias normativas entre los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional peruana y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales.	Hipótesis General Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales se expresa en una restricción de derechos contemplados en el derecho constitucional peruano, en la legislación de comunidades, consulta previa y de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.	Variable Independiente Visión política normativa de la extracción de los recursos naturales. Variable Dependiente Reconocimiento Constitucional y Legal de los Derechos de los Pueblos Indígenas	Indicadores Derechos de Pueblos Indígenas en Constitución de 1993 Sentencias del TC Régimen Legal de Comunidades Campesinas y Nativas Régimen de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial Ley de Consulta Previa
Problema Específico 1 ¿Cuáles son los conflictos normativos constitucionales entre los derechos de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo?	Objetivo Específico 1 Identificar los conflictos normativos constitucionales entre los derechos de los pueblos indígenas en su relación con los principios de las inversiones en el sector extractivo.	Hipótesis Específica 1 Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los principios de las inversiones en el sector extractivo son la limitación de la propiedad comunal indígena y el acceso a los recursos naturales.	Variable Independiente Principios de las inversiones en sector extractivo. Variable Dependiente Reconocimiento Constitucional de Derechos de Pueblos Indígenas	Indicadores Catálogo de Derechos Colectivos Mecanismos de Protección Propiedad Comunal y Acceso a Recursos Naturales Sentencias del Tribunal Constitucional
Problema Específico 2 ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de las comunidades nativas y campesinas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo?	Objetivo Específico 2 Identificar los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y su coherencia normativa con actividades extractivas.	Hipótesis Específica 2 Los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y la normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales son personería jurídica de las comunidades, de su autonomía organizativa, de la propiedad comunal y uso de recursos naturales	Variable Independiente Normativa de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales. Variable Dependiente Régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas.	Indicadores Personería Jurídica de las Comunidades Regulación de la Asamblea Colectiva de Comunidades Regulación de la Propiedad Comunal Regulación del uso de recursos naturales en comunidades.
Problema Específico 3 ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre el derecho a la consulta	Objetivo Específico 3 Identificar los conflictos normativos entre el derecho a la consulta previa, libre e	Hipótesis Específica 3 Los conflictos normativos entre la legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y	Variable Independiente La política y normativa de extracción de recursos naturales.	Indicadores Sujetos de derecho de la consulta previa. Plan de Consulta Previa

previa, libre e informada de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo?	informada de los pueblos indígenas y su interacción con la política y normativa de extracción de recursos naturales.	la política y normativa de extracción de recursos naturales son la restricción de la representatividad indígena, la no aplicación para proyectos de inversiones públicas, y la sectorialización de la consulta.	Variable Dependiente La Legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas	Momento de desarrollo de la consulta previa. Tipos de consulta previa.
Problema Específico 4 ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo?	Objetivo Específico 4 Identificar los conflictos normativos entre los derechos de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial por la política y normativa de extracción de recursos naturales.	Hipótesis Específica 4 Los conflictos normativos entre el régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y la legislación de extracción de los recursos naturales son las restricciones para la creación de reservas indígenas y la flexibilización de la intangibilidad de estas reservas indígenas.	Variable Independiente La legislación de extracción de los recursos naturales. Variable Dependiente El régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento	Indicadores Mecanismos de protección de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial Creación de reservas territoriales e indígenas Intangibilidad de las reservas territoriales e indígenas Mecanismos de Mitigación Estudios de Impacto Ambiental en reservas territoriales e indígenas.

Fuente: Elaboración propia.

9. VARIABLES

9.1. VARIABLES E INDICADORES DE LA HIPÓTESIS GENERAL

Variable Independiente. Es “Visión política normativa de la extracción de los recursos naturales”; y sus indicadores son:

1. Régimen Constitución de las Concesiones
2. Régimen Legal de las Concesiones en hidrocarburos, minería y electricidad.
3. Evaluación Ambiental de las Inversiones Extractivas.
4. Procedimiento de otorgamiento de derecho a terceros del uso de recursos.

Variable Dependiente. Es “Reconocimiento Constitucional y Legal de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Sus indicadores son:

1. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en Constitución de 1993 y Sentencias del TC sobre derechos indígenas
2. Régimen Legal de Comunidades Campesinas y Nativas
3. Régimen de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial
4. Ley de Consulta Previa

9.2. VARIABLES E INDICADORES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 1

Variable Independiente. Es “Principios de las inversiones en el sector extractivo”; y sus indicadores son:

1. Régimen de Concesiones
2. Seguridad de los Contratos Ley
3. Recursos Naturales como Patrimonio de la Nación
4. La función social de la Propiedad

Variable Dependiente. Es “Reconocimiento Constitucional de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Sus indicadores son:

1. Derecho a la identidad multiétnica
2. Derecho a la administración de justicia.
3. Derecho a la propiedad comunal
4. Derecho al uso de los recursos naturales.

9.3. VARIABLES E INDICADORES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 2

Variable Independiente. Es “Normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales”; y sus indicadores son:

1. Regulación legal de las concesiones
2. Regulación en sector de hidrocarburos
3. Regulación en sector de minería
4. Regulación en sector de electricidad

Variable Dependiente. Es “Régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas”. Sus indicadores son:

1. Personería Jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas.
2. Regulación de la Asamblea Colectiva de Comunidades
3. Regulación de la Propiedad Comunal
4. Regulación del uso de recursos naturales en comunidades.

9.4. VARIABLES E INDICADORES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 3

Variable Independiente. Es “La política y normativa de extracción de recursos naturales”; y sus indicadores son:

1. Regulación legal de las concesiones
2. Regulación en sector de hidrocarburos
3. Regulación en sector de minería

4. Regulación en sector de electricidad

Variable Dependiente. Es “La Legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas”. Sus indicadores son:

1. Sujetos de derecho de la consulta previa.
2. Plan de Consulta Previa
3. Momento de desarrollo de la consulta previa.
4. Tipos de consulta previa.

9.5. VARIABLES E INDICADORES DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 4

Variable Independiente. Es “La legislación de extracción de los recursos naturales”; y sus indicadores son:

1. Regulación legal de las concesiones
2. Regulación en sector de hidrocarburos
3. Regulación en sector de minería
4. Regulación en sector de electricidad

Variable Dependiente. Es “El régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento”. Sus indicadores son:

1. Mecanismos de protección de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial
2. Creación de reservas territoriales e indígenas
3. Intangibilidad de las reservas territoriales e indígenas
4. Mecanismos de Mitigación Estudios de Impacto Ambiental en reservas territoriales e indígenas

10. POBLACIÓN

Para la identificación de la población previamente se ha producido una ubicación temporal (1993-2014) y espacial (territorio nacional). Durante ese ámbito

y espacio, se analizará los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993 y en la legislación de desarrollo constitucional.

11. MUESTRA

La selección de la muestra es no probabilística.

12. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

12.1. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Se utiliza la **Técnica** del Análisis de Contenido y Análisis Documental, a fin de recabar la información contenida en diversos documentos, ya sean bibliográficos, hemerográficos, así como los existentes en Internet y poder analizarlos.

1. **Técnica de Análisis de Contenido.** Es la técnica de la lectura comprensiva o análisis lógico jurídico en el texto de ciertas categorías jurídicas o variables de análisis sobre inversiones extractivas y derechos de los pueblos indígenas para desarrollar el marco conceptual de la presente investigación.
2. **Técnica de Análisis Documental.** Es la técnica que permite recoger datos documentales o fuentes escritas sean primarias o secundarias, pues se ha empleado como parte de la investigación bibliográfica.

12.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Los instrumentos de recolección de datos como la técnica de análisis documentos y análisis de contenido, se tienen como instrumentos de recolección de datos las fichas técnicas: bibliográficas, hemerográficas, etc.; fichas textuales, de resumen, de comentario y de planteamientos. Estas serán útiles para clasificar la información recolectada según el marco conceptual y el desarrollo de cada capítulo y acápite de esta investigación³, para la comprobación de las hipótesis sobre la legislación de las inversiones y derechos de los pueblos indígenas.

³ Witker, Jorge, op. cit., pp. 67-81.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. ANTECEDENTES

1.1. PROBLEMAS HISTÓRICOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Desde hace varias décadas, las organizaciones indígenas que representan a las comunidades campesinas y nativas del Perú han exigido, a través de acciones judiciales, protestas y propuestas de reforma constitucional y legal, la incorporación constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a la autodeterminación, a una jurisdicción indígena autónoma, así como el derecho al “territorio indígena”.

La falta de reconocimiento constitucional de los derechos indígenas viene de una vieja tradición constitucional. Recién con la Constitución de 1920 se han reconocido algunos derechos para las comunidades, especialmente a la tierra comunal. No obstante ello, los indígenas no podían ejercer su derecho al voto político hasta la Constitución de 1979. Ello se debe a que en el siglo XIX y parte del siglo XX se introduce el criterio censatario y de restricción del voto por ser analfabeto, es decir, el que no conocía la lengua española o no podía leer y escribir en español, no podía ejercer el derecho a elegir y ser elegido (Reforma Electoral de Piérola de 1895); una minoría en el país restringía la participación política de la mayoría de personas, desmoronándose la idea que las sociedades latinoamericanas estaban compuestas por ciudadanos con las mismas libertades en el mismo grado de igualdad. El Constitucionalismo Liberal se adecuaba a una realidad latinoamericana conservadora, que no reconocía las diferentes identidades y las diferencias entre

personas y pueblos, especialmente de los pueblos autónomos u originarios de este continente.

Estos mismos problemas históricos de restricción de derechos han sido importantes factores para los actuales problemas, especialmente los asociados a la promoción de las inversiones por el Estado Peruano. Se ha evidenciado este problema con la promoción de las inversiones en hidrocarburos, minería y electricidad en las tierras de comunidades o reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Y lo que han exigido mínimamente las organizaciones de los pueblos indígenas es que el Estado implemente los mecanismos para proteger los derechos de los pueblos indígenas, específicamente los establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT. Todo ello ha sucedido desde el 2000 con el proyecto de gas de Camisea hacia los últimos relacionados a la contaminación petrolera en el norte peruano en Loreto (2011).

La problemática en mención se traduce cuando el derecho nacional no reconoce plenamente todos los derechos de los pueblos indígenas, muchos de ellos recogidos en el derecho internacional, o establece cláusulas de interpretación constitucional restrictivas en el ejercicio de estos derechos o considera su naturaleza jurídica como programáticos, retrasando su ejercicio inmediato, por lo que se produce una contradicción entre el reconocimiento jurídico a nivel supraconstitucional o infraconstitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y cómo interpreta la Constitución de 1993 y la legislación nacional, y su integración al ordenamiento jurídico nacional.

Este último problema se mostró con mayor claridad cuando el Estado Peruano promulgó una serie de decretos legislativos que eliminaban las últimas garantías para proteger la propiedad comunal y debilitan la organización autónoma indígena. Ello implicaba una tensión jurídica entre los derechos de los pueblos indígenas reconocidos, por ejemplo, en el Convenio N° 169 de la OIT y lo señalado por la legislación nacional. Se produjo el conflicto de Bagua (2009) y se estableció un espacio político de dialogo entre el gobierno peruano y las organizaciones indígenas, así como el desarrollo de la jurisprudencia constitucional que permitía una armonización de derechos y políticas estatales a través del ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas antes de aprobar una medida administrativa o legislativa que podría afectar los derechos de estos pueblos.

Ha habido intentos de reformas constitucionales y todo lo sucedido en los últimos años de tensiones entre Estado y pueblos indígenas nos enseña que uno de los temas a discutir es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional y legal e identificar sus tensiones normativas con la visión de desarrollo que promueve inversiones extractivas, sin embargo, será necesario elaborar formulas constitucionales y legales capaces de integrar los principios republicanos y derechos fundamentales con estos derechos especiales y colectivos de los pueblos indígenas.

1.2. ABORDAJE CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Por otro lado, existen diversos estudios en el Derecho Constitucional Peruano que han comenzado a darle mayor relevancia al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, dejando de lado el análisis clásico y exegético sobre el texto constitucional, iniciando el análisis de la nueva incorporación de derechos bajo divergentes perspectivas de la noción de Estado Nación, el tratamiento de los derechos culturales como derechos individuales, el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho y su posterior adecuación de estos últimos a la sociedad nacional. Dentro de estas divergencias, encontraremos tres perspectivas constitucionales como las más importantes.

La primera, desde el ámbito de la historia constitucional, el reconocimiento de los pueblos indígenas deja ver el limitado reconocimiento de valores como el de la “identidad indígena”, frente a valores liberales consagrados como el de la libertad e igualdad. Este ámbito de la historia constitucional con un tratamiento excluyente al “indio” ha puesto en tela de juicio a los valores de la democracia representativa.

La segunda vertiente de análisis constitucional se ha producido bajo la incorporación de los derechos humanos de tercera generación. Pese que el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido lento, se ha producido este reconocimiento de nuevos derechos con ciertos matices. De acuerdo a Tibán, “el tratamiento constitucional de los pueblos indígenas, su relación con el Estado y con el modelo democrático se han señalado en muchas constituciones políticas y en leyes especiales”⁴, lo cual marca un antes y un después en el

⁴ TIBÁN, Lourdes *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001, pp. 74-5.

constitucionalismo liberal y social latinoamericano y, especialmente, peruano. Se ha desarrollado clasificaciones como Constitucionalismo Multicultural (1980-1988); Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005) y Constitucionalismo Plurinacional (2006-2009)⁵.

Una tercera y final análisis que ha impactado el derecho constitucional sobre los pueblos indígenas ha sido el claro cuestionamiento a la definición monolítica del Estado Nación en Perú y en los demás países andinos. Reconocer la tensión producida por la cultura societaria dominante en la sociedad peruana, expresada en la imposición de sus prácticas, reglas formales y no formales es un imperativo categórico y contenido de nuestro constitucionalismo actual. Esta tensión producida por el reconocimiento del pluralismo legal, especialmente desde el derecho de los pueblos indígenas, se ha manifestado, ciertamente, en el proceso constitucional (autoridad, institucionalidad y espacio de aplicación del derecho indígena)⁶ y en las formas atenuadas con que el liberalismo latinoamericano y peruano adapta los derechos de grupo de los pueblos indígenas en los textos constitucionales.

1.3. DEFINICIÓN DE ESTADO, NACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS

Frente a las posibles soluciones constitucionales, existen ciertas dudas en torno a la definición de Estado y de los pueblos indígenas. El Perú puede ser definido como una sociedad multicultural donde se encuentran distintos grupos étnicos, desde las categorías de países multinacionales, o poliétnicos. De acuerdo a la definición de Albert Calsamiglia sobre los pueblos indígenas:

“La comunidad étnica tiene elementos de identificación similares al de Nación, distinguiéndose que la nación tiene un proyecto colectivo de constituirse en Estado. En esta última, existe *una conciencia de sí* como sujeto colectivo; en el caso de la etnia, esta conciencia está en proceso de formación”⁷.

Esto nos permitió diferenciar la idea de un grupo étnico con el concepto de pueblos indígenas. Según Sanders:

⁵ YRIGOYEN, Raquel, “El horizontes del Constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, César Rodríguez (coord.), El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, en p. 155.

⁶ YRIGOYEN, Raquel, “El Reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú, Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución”, Manuel Calvo (coord.), Identidades Culturales y Derechos Humanos, Madrid, Dykinson, 2002, en p. 236.

“(…) los Estados andinos son Estados con naciones políticas virtuales (formales), que fomentan el patriotismo y que aspira a ser Estado Nacional reconociendo una realidad multicultural”⁸.

Es decir, son Estados que no reconocen necesariamente la pluralidad de culturas, la diversidad de identidades y he ahí el problema de la presente investigación. Sin embargo, la definición que mayor calza en la doctrina especializada es la del reconocido jurista y recientemente fallecido Rodolfo Stavenhagen cuando define a los pueblos indígenas de América Latina:

“Los pueblos indígenas como aquellos grupos humanos que pueden considerarse descendientes de los pobladores originales de América, antes de la invasión europea, que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional”⁹.

En ese sentido, sobre los pueblos indígenas, se entiende que son grupos culturales distintos al de la cultura societaria nacional imperante y que se caracteriza por la relación social productiva de la comunidad con la tierra que los rodea, formando parte de una solo sujeto histórico social, el ser sujeto o ser comunidad se materializa en hombre-comunidad-territorio. De acuerdo a Tibán, “los pueblos indígenas tienen características peculiares (la indumentaria, el territorio, el idioma, los usos y costumbres, y la identidad), de derechos colectivos (jurisdicción, autonomía política, autodeterminación)”¹⁰, así como de una situación histórica de sometimiento e indefensión social, no hace más que evidenciar la génesis de un tipo de un Proto Estado, que contradice la idea de una identificación solamente étnica de estos pueblos. Esto abunda mucho más la situación problemática con que analizamos a los pueblos indígenas desde el marco constitucional.

En consecuencia, desde la dogmática constitucional se ha visto necesario la construcción de una “nación política” pluralista en el siglo XXI, frente a la tradicional nación monocultural, criolla y liberal del siglo XIX y XX. La idea que el Estado constituya la nación es un presupuesto constitucional común en los países andinos. Sobre todo, es imperioso solucionar la identidad del Estado Peruano como

⁷ CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de Lealtad*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 97.

⁸ SANDERS, Karen, *Nación y Tradición: Cinco Discursos en Torno a la Nación Peruana, 1885-1930*, Lima, Fondo de Cultura Económica / Instituto Riva Agüero, 1997, p. 61.

⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los Derechos Indígenas: Algunos Problemas Conceptuales”, en *Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*, Quito, Nueva Sociedad, 1996, p. 151.

¹⁰ TIBÁN, Lourdes *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001, pp. 42-6.

institucionalidad política y como expresión de una sociedad humana, una sociedad tan diversa como la peruana. Más aún, es necesario solucionar los problemas de la tensión entre el constitucionalismo tradicional peruano que recoge de manera radical el principio de la soberanía de los recursos naturales y la tendencia del constitucionalismo multicultural que busca reconocer los derechos de los pueblos indígenas, como es el caso del derecho al territorio indígena o acceso a los recursos naturales.

2. TEORÍAS GENERALES

El marco teórico de esta investigación, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, desde su dimensión jurídica, han sido definidos por aportes teóricos de la filosofía y de la antropología política. Se señala que la dogmática jurídica ha tomado este concepto para moldearlo al sistema positivo de los derechos humanos; sin embargo, esta conceptualización está aún emparentada en el debate entre la filosofía política liberal y el comunitarismo actual y sus tensiones de la soberanía estatal sobre los recursos naturales.

Por otro lado, a nivel normativo se recoge el principio de la soberanía estatal sobre los recursos naturales y la política de promoción de extracción de los recursos por aprovechamiento de terceros. Ambos paradigmas, marcos políticos y normativos producen tensiones o antinomias que esta investigación pretende analizar y presentar soluciones.

2.1. TEORÍA POLÍTICA LIBERAL Y NEOLIBERAL

Esta teoría ha sido esencial para la conformación de la dogmática constitucional y de los derechos humanos. El liberalismo político, en sus múltiples concepciones, no ha aceptado la idea de la supremacía de la comunidad y que sus objetivos -reproducción de formas de vida que se consideran “adecuadas”-, tal como señala Albert Calsamiglia:

“(…) subordinen al individuo y a sus metas personales, atentando contra los derechos individuales de estos y, más aún, cuando no son plenamente identificables estas comunidades”¹¹.

¹¹ CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de Lealtad*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 108-9.

Asimismo, la teoría liberal nos permite comprender las bases filosóficas constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente cuando el liberalismo político ha rebatido las propuestas atenuadas del “comunitarismo liberal”, es un sutil reconocimiento a derechos colectivos como derechos culturales, es decir, a gozar de una cultura, educación o historia distinta, derechos que se van adaptando como derechos individuales, cuya titularidad y ejercicio puede ser individual y no requiere de la comunidad, es decir, como es el caso del territorio indígena o acceso a los recursos naturales.

La crítica liberal sobre los derechos de los pueblos indígenas es importante porque puede explicar la interpretación del Tribunal Constitucional Peruano sobre el ejercicio y definición de los derechos de los pueblos indígenas. Para este contraste, es de utilidad analizar la postura teórica liberal de Giovanni Sartori, porque señala que:

“(...) el multiculturalismo colisiona con el principio liberal de pluralismo, genera intolerancia y una separación soslayada en las sociedades liberales que podría producir una balcanización social”¹².

Este autor critica al multiculturalismo y con ello a cualquier reconocimiento constitucional o legal de los derechos de los pueblos indígenas o de grupos que no sean parte de la sociedad liberal. Finalmente, la crítica liberal de Martín Farrell se centra en demostrar la “colisión entre los derechos colectivos (derechos comunitarios o derecho de grupo) con los derechos individuales o con derechos colectivos de ejercicio individual”¹³. Es decir, que la naturaleza jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas puede contravenir la noción jurídica de los derechos humanos, pueden convertirse en instrumentos de restricción de derechos, limitarlos y más aún ser instrumentos políticos que opriman a los ciudadanos.

Por otro lado, el Neoliberalismo es un conjunto de ideas políticas y económicas que sostienen la no participación del Estado en la economía, promoviendo la inversión y la producción privada como único actor sin subsidio gubernamental. No habría libertad plena de comercio con presencia del Estado en el mercado, ya que esta garantiza el crecimiento económico y desarrollo social de un país. El economista Friedman lo planteó como una solución a la crisis económica

¹² SARTORI, Giovanni, *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 61-7.

¹³ FARRELL, Martín, “¿Hay Derechos Comunitarios?”, *Doxa* (Alicante), 17-18 (1995), pp. 69-94.

mundial en 1973, esta propuesta que ha sido adoptada como política económica de muchos países a nivel global:

1. Reducida participación estatal en la economía del país.
2. Reducida participación estatal en el mercado laboral
3. Política de privatización de empresas estatales
4. Libre circulación de capitales internacionales
5. Economía de apertura de empresas multinacionales
6. Adopción de medidas contra el proteccionismo económico
7. Operaciones económicas simplificadas
8. Oposición a excesivos impuestos y gravámenes
9. Oferta y demanda regula los precios
10. Crecimiento económico basado en la inversión privada

El neoliberalismo económico señala que la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga para salvaguardar al mercado, garantizar su actuación y enfrentar las barreras regulatorias a la libre competencia. El neoliberalismo como visión de desarrollo, tiene las dimensiones, la ideológica donde el individualismo debe permitírsele en la sociedad y el mercado, limitando cualquier institución política o jurídica que debilite el poder individual, una clara afectación a la libertad y al progreso de cada individuo; su interpretación sobre la forma de gobierno donde el Estado y los actores públicos no defienden el bien público, sino el funcionamiento del mercado; y la visión económica, la cual ya hemos señalado algunas características¹⁴. El neoliberalismo no es solo una visión política del Estado y la sociedad, sino también ya una Estructura de Estado, sociedad y mercado, en completa tensión, tal como señala Ludolfo Paramio:

“(...) se ha caracterizado por promover el recorte de impuestos, la reducción de los servicios públicos, el acoso a los sindicatos, y a lo que representan, y por impulsar la ilusión de que la prosperidad de todos depende de que los más ricos aumenten sus ingresos, alejándose cada vez más del ingreso medio, y del acceso a través del mercado a los servicios que en el modelo socialdemócrata de sociedad constituyen servicios públicos universales. La desigualdad como principio de progreso social sustituye a la visión de una sociedad cohesionada, con buena calidad de vida para todos, y capaz de competir económicamente por la inversión en educación, sanidad e infraestructura”¹⁵.

¹⁴ CÁRDENAS, Jaime, “Las Características Jurídicas del neoliberalismo”, en Cuestiones Constitucionales, UNAM, México, ene-jun. 2015.

¹⁵ PARAMIO, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Catarata, 2009, pp. 52-3.

2.2. TEORÍA POLÍTICA COMUNITARISTA

Esta tesis se insertó en el constitucionalismo contemporáneo como una fuerte y sería crítica a la concepción liberal de los derechos humanos y como propuesta de construcción de reconocimiento normativo a favor de los pueblos indígenas, así como a otros grupos diferentes de la sociedad mayoritaria o liberal. De acuerdo al jurista argentino Gargarella:

“El comunitarismo, de una fuerte influencia hegeliana, ha mantenido una posición crítica durante cerca de tres décadas de desarrollo teórico frente a los principios básicos de las sociedades liberales occidentales”¹⁶.

En ese sentido, esta visión filosófica de la sociedad explica el cuestionamiento de las teorías clásicas de los derechos humanos y las posibles tensiones entre estas teorías y el sustento jurídico del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Según Laporta, la posición crítica del comunitarismo contra el liberalismo se centra en:

“La concepción liberal de persona (atomismo), la acción supuestamente neutral del Estado sobre la identidad de los grupos humanos como los pueblos indígenas, la división clásica liberal de lo público y privado y la visión reduccionista del pacto social”¹⁷.

Es decir, el comunitarismo (desde las posiciones neoaristotélicas de MacIntyre, Sandel y Bellah, hasta concepciones neohegelianas como la de Walzer y Taylor) plantea que la virtud de la “sociedad”, como concepto opuesto, es la comunidad y el hombre como ser social, como ser cultural, pertenece a una identidad que descubre en sus relaciones sociales y que la sociedad no le permite porque esta es también una expresión de una posible comunidad dominante o una sociedad individual imperfecta, que no permite su expresión plena al individuo como comunidad. Sobre la base de este valor, es que se fundamenta la inserción normativa de los derechos colectivos de diversas comunidades, entre ellas, la de los pueblos indígenas.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto, *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve Manual de Filosofía Política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 125.

¹⁷ LAPORTA, Francisco J. “Comunitarismo y Nacionalismo”, en: *Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa* (Alicante), 17-18 (1995), pp. 53-67.

En consecuencia, según el filósofo político Walzer, “las teorías políticas comunitarias critican la práctica liberal por producir una fragmentación del ser social desvirtuando los valores que dice perseguir, lo bueno y lo justo”¹⁸, lo que quiere decir es que la integración de los valores de libertad e igualdad produce el posible sacrificio de la identidad de los miembros de la sociedad y de sus colectivos, es decir, de colectivos humanos como los pueblos indígenas; esto ocurre cuando únicamente se permite ejercer los derechos de igualdad o libertad, y no los de identidad, y a nivel jurídico se restringe su actuación, su propia forma de libertad.

La principal crítica hacia el comunitarismo y su prevalencia sobre la comunidad ha provenido del liberalismo político. Esto no debe sorprender porque el impacto de los cambios políticos afecta las relaciones jurídicas y todo el basamento social. Para el filósofo político Calsamiglia:

“El liberalismo político ha sido esencial para la conformación de la dogmática constitucional y los derechos humanos; y en sus múltiples concepciones, no ha aceptado la idea de la supremacía de la comunidad y que sus objetivos -reproducción de formas de vida que se consideran adecuadas-, subordinen al individuo y a sus metas personales, atentando contra los derechos individuales de estos y, más aún, cuando no son plenamente identificables estas comunidades”¹⁹.

Asimismo, agrega Comanducci en este debate, profundizando que “el liberalismo político ha rebatido las propuestas atenuadas del *comunitarismo liberal* y el sustento de los derechos colectivos en los derechos humanos como *derechos culturales*”²⁰, adaptándolos como derechos individuales, es decir, se produce una resistencia para los derechos colectivos de estas comunidades, como ha ocurrido en el Perú con los pueblos indígenas.

Filósofos políticos han ido desarrollando la tesis comunitarista compatibilizándola con la posición liberal, en una suerte de liberalismo político *asimilacionista* de planteamientos comunitaristas. Kymlicka señala que entre los temas que trata el comunitarismo, están los referentes:

“(...) a los Estados Multinacionales o Poliétnicos, donde encontramos un tercer grupo de colectividades en cuanto a la situación de indefensión de su identidad cultural: los Pueblos Indígenas en países con poblaciones originarios o grupos humanos que guardan una

¹⁸ WALZER, Michael, “La Crítica Comunitarista del Liberalismo”, *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad* (Barcelona), n. 1 (1996), pp. 49-53.

¹⁹ CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de Lealtad*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 108-9.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo, “La Imposibilidad de un Comunitarismo Liberal”, en Prieto, Luis (com.), *Tolerancia y Minorías*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 23-6.

identidad diferente frente al resto de la sociedad nacional”²¹.

En ese sentido, la concepción de pueblos indígenas parte de una visión comunitarista frente a la noción liberal del sujeto, por así decirlo, que existan un conjunto de normas que le permitan realizar su ideal de libertad²².

2.3. TEORÍA MULTICULTURAL

El estudiar la situación de los Estados Multinacionales o Poliétnicos, parte desde una herramienta metodológica. El Multiculturalismo es una herramienta metodológica que sobrevalora o coloca como punto central de los análisis y las relaciones sociales a la “diversidad cultural”. Este enfoque trata sobre un tipo de estudio comunitarista referido al desarrollo normativo de los “derechos colectivos”. Este tipo de estudios proviene de una tendencia de las ciencias sociales (“Estudios Culturales”), conocida como “Multiculturalismo”. Este término se ha utilizado, de manera genérica, para hacer referencia al hecho creciente de la diversidad cultural (nacional o étnica) que se produce en la mayoría de sociedades occidentales. En ese sentido, el enfoque multicultural valora la diversidad cultural como elemento central en las relaciones sociales.

El fenómeno de la diversidad cultural es resultado de los conflictos etnoculturales, de las migraciones (minorías étnicas o nacionales), del proceso de colonización del siglo XIX y XX y, especialmente, de la existencia de distintas poblaciones “indígenas” u originarias en el mundo y en Latinoamérica que no se encuentran representadas en las estructuras públicas de poder. Estos conflictos se hacen más visibles en las sociedades “democráticas” occidentales donde los valores de libertad, tolerancia, igualdad y pluralismo se tornan en inoperantes frente a la diversidad cultural y al valor que trasciende a esta pluralidad “liberal”, es *la identidad*.

Así, los principios liberales son trastocados por la “visibilización” de la diversidad cultural o en el caso latinoamericano y peruano, el “asunto de indios”. Podemos afirmar que uno de los principales límites para la construcción de una sociedad mucho más justa son los principios liberales del sistema democrático,

²¹ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 25.

²² OST, François, *El Tiempo del Derecho*, México, Siglo XXI Editores, 2005, p. 309.

muros infranqueables de la ciudadanía, la idea monocultural de Estado-Nación, etc.; todos ellos influenciados por la filosofía política liberal e indiferentes a la problemática del reconocimiento de los “pueblos indígenas”.

El multiculturalismo, como criterio de análisis, pretende influenciar en políticas públicas actuales y, mediante estas, transformar un amplio elenco de normas e instituciones estatales monoculturales con el fin de ser imagen fidedigna de la diversidad de procedencias y relaciones culturales que son el sustento de la identidad de los “ciudadanos”. Esta intención política nace a consecuencia del rechazo a las “políticas asimilacionistas” de los Estados receptores de minorías nacionales o procesos de dominación cultural del siglo XX en el caso de las migraciones o en el caso de América Latina, de la prepotencia de la cultura societaria imperante, “criolla”, al *disminuir o desconocer en sus derechos* a la persona proveniente de otra cultura originaria o al grupo cultural indígena como comunidad. El concepto grupo social o grupo cultural es vago e impreciso para el caso de los pueblos originarios, la referencia exacta que ha encontrado la historia, la antropología, el derecho es de “pueblo indígena”.

Las reivindicaciones políticas y sociales de los pueblos indígenas en contra de determinadas políticas de exclusión o asimilación se asocian al reconocimiento de identidades culturales distintas y a la garantía de sobrevivir en sociedades nacionales. Su fundamento reside en exigencias de justicia y de igualdad *entre grupos* (pluralismo colectivo), por lo que el proceso usual de toma de decisiones en un Estado democrático liberal, como por ejemplo, la regla de la mayoría en elecciones políticas, difícilmente constituye un criterio adecuado para solucionar estas demandas de identidad (autodeterminación, autonomía, personería, participación, derechos territoriales), permitiéndonos comprender una revaloración de formas de coordinación interestatal, relacionamiento Estado y ciudadanía, o la cuota electoral para pueblos indígenas, hasta finalmente llegar a reformular la forma de la toma de decisión pública, una más deliberativa o por consenso.

Asimismo, la respuesta a las exigencias de los pueblos indígenas que tienen un componente “comunitario” no está vinculada a las posibles tradicionales soluciones que puedan brindar los derechos civiles y políticos, económicos sociales y culturales y que las Constituciones modernas reconocen a todos los individuos. Para el jurista catalán Neus Torbisco, “los grupos socioculturales formulan sus exigencias en términos de una protección específica *comunitaria* de sus identidades y

tradiciones culturales distintivas y que los derechos individuales no pueden proveer más que de forma ineficiente”²³; y en el caso de los pueblos, especialmente de los pueblos indígenas, la relevancia política es mayor en sociedades desiguales como la de Perú, que ni siquiera ha logrado solucionar el acceso a bienes comunes para la mayoría de los ciudadanos.

No obstante, existen críticas muy variadas contra el multiculturalismo. Cabe mencionar en esta pléyade de críticas representativas de filosofías políticas contrarias al multiculturalismo a Slavoj Žižek, el filósofo político esloveno, crítico de la instrumentalización ideológica del multiculturalismo como parte del sistema capitalista mundial “transnacional” señala que: “(...) esa suerte de pensamiento postmoderno (punto vacío de universalidad) es una forma de racismo que se encubre con el discurso del respeto de la identidad del otro, apreciándolo o despreciándolo”²⁴, es decir, se le reconoce derechos como una moda liberal, sin embargo, en lo sustancial, el modelo de opresión ideológica o de restricción de derechos, sigue operando con una dualidad discursiva.

Desde otra postura ideológica, eurocentrista y comprometida con el *establishment liberal*, Giovanni Sartori critica al multiculturalismo porque:

“(...) el multiculturalismo colisiona con el principio liberal de pluralismo, genera intolerancia y una separación soslayada en las sociedades liberales que podría producir una balcanización social”²⁵.

Este autor sostiene que los grupos comunitarios como los pueblos indígenas buscan la separación de la sociedad mayoritaria para constituirse en Estados independientes, cuestión que diversos casos prueban que esa no ha sido su pretensión. Finalmente, se suma a la crítica el filósofo político Martín Farrell, que se centra en demostrar la contradicción o colisión entre:

“Los derechos colectivos (derechos comunitarios o derecho de grupo) con los derechos individuales o con derechos colectivos de ejercicio individual, pues es posible que en el ejercicio de estos derechos, puedan contraponerse, volviendo a cada uno de ellos en infectivo”²⁶.

²³ TORBISCO CASALS, Neus, *Minorías Culturales y Derechos Colectivos: Un Enfoque Liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 6.

²⁴ ŽIZEK, Slavoj, “El Multiculturalismo, o la Lógica Cultural del Capitalismo Multinacional”, en Slavoj Žižek y Fredric Jameson, Op. Cit., p. 172.

²⁵ SARTORI, Giovanni, *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 61-7.

Este autor señala que la contradicción de derechos vuelva ineficaz el ejercicio de derechos que hoy por hoy son incuestionables como el derecho a la vida, integridad física o libertad. Se podría señalar que se lo que se pretende es construir un Estado que responda a las diferencias culturales²⁷.

3. TEORÍAS ESPECIALIZADAS EN DERECHOS INDÍGENAS

3.1. TEORÍA DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL

Este tipo de estudios proviene de una tendencia de las ciencias sociales (“Estudios Culturales”), conocida como “Multiculturalismo”. Esta teoría es el discurso jurídico por el que se sustenta los derechos colectivos de los pueblos indígenas y por el cual podremos comprender en nuestra investigación si el Estado Peruano es un Estado Multinacional o Poliétnico a través del análisis de la Constitución de 1993, si se reconocen derechos colectivos a los pueblos indígenas a nivel constitucional, como se han aplicado los principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano a través de los conceptos del Constitucionalismo Multicultural y su desarrollo en la legislación nacional.

El multiculturalismo, como criterio de análisis, nos permitió entender su influencia en políticas públicas y el amplio elenco de normas e instituciones estatales monoculturales y el grado de tensión normativa con la diversidad de procedencias y relaciones culturales que son el sustento de la identidad de los “ciudadanos”, especialmente de los pueblos indígenas. Esta intención política nace a consecuencia del rechazo a las “políticas asimilacionistas” de los Estados receptores del siglo XX en el caso de las migraciones o en el caso de América Latina, de la prepotencia de la cultura societaria imperante “criolla” al *disminuir o desconocer en sus derechos* a la persona proveniente de otra cultura originaria o al grupo indígena como comunidad. La posición multiculturalista ha legitimado los derechos colectivos en el ámbito social, argumentación que se ha extendido a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas. Las reivindicaciones históricas de carácter territorial y de autogobierno de los pueblos indígenas conducen igualmente a la trascendencia de la diversidad

²⁶ FARRELL, Martín, “¿Hay Derechos Comunitarios?”, *Revista Doxa* (Alicante), 17-18 (1995), pp. 69-94.

²⁷ LAZO, Pablo, *Crítica del multiculturalismo. Resemantización de la multiculturalidad*, México, Universidad Iberoamericana, 2010, pp. 178-9.

cultural (étnica y nacional) en las democracias liberales occidentales latinoamericanas.

Asimismo, el Constitucionalismo Multicultural permite analizar la respuesta a las exigencias de los pueblos indígenas que van más allá del ejercicio de los derechos civiles y políticos, económicos sociales y culturales y que las Constituciones modernas reconocen a todos los individuos. Los pueblos indígenas formulan sus exigencias en términos de una protección específica “comunitaria” de sus identidades y tradiciones culturales distintivas (identidad común, territoriales, consulta previa, territorio indígena, etc.) y que los derechos individuales no pueden proveer más que de forma ineficiente. Este Constitucionalismo se plasmó en varias reformas de la década de los ochenta y noventa en la región Latinoamericana²⁸.

En el caso de la región, el Constitucionalismo Multicultural tiene la variante y denominada el Constitucionalismo Indigenista, que se inició en las reformas constitucionales de 1980, y en últimos 30 años, se ha evaluado sus alcances e implementaciones en los países de la región:

1. Calidad programática u operativa de las normas constitucionales.
2. Ejecutoriedad de las sentencias que protegen los derechos constitucionales.
3. Defensa de los derechos constitucionales.
4. Lenguaje normativo y retórica.
5. Voluntad popular vs. Pacto entre los pueblos.
6. Instituciones no indígenas imperantes en el diseño constitucional.
7. Una determinada concepción del Estado de derecho²⁹.

3.2. TEORÍA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estas teorías en el derecho internacional y en el derecho constitucional nos permitieron apreciar la tensión jurídica entre lo que señala el Convenio N° 169 de la OIT, de carácter garantista, y lo que señala la Constitución de 1993 sobre los derechos de los pueblos indígenas. En estos últimos años ha surgido una “tercera generación” de los derechos humanos, que muy prontamente recibieron críticas por

²⁸ YRIGOYEN, Raquel, “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Raquel Yrigoyen, *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, INESC/ILSA/IIDS, 2010, pp. 32-3.

²⁹ RAMÍREZ, Silvia, “Siete problemas del nuevo constitucionalismo indigenista”, en Raquel Yrigoyen, *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, op. cit., pp. 280 y ss.

su poca claridad en cuanto a su naturaleza jurídica. Según el iusfilosofo argentino Carlos Massini señala que:

“(…) son derechos heterogéneos y poco a poco están siendo configurados jurídicamente, como son los derechos de los pueblos indígenas; y “a pesar que algunos de estos derechos parecen más reivindicaciones sociales ambiguas o suntuosas”³⁰.

Tal como señala el autor argentino, es a partir de la conceptualización de un cierto grupo de estos nuevos derechos humanos, conocidos como derechos colectivos, que se empezó a cuestionar la naturaleza jurídica de los derechos humanos como derechos subjetivos. La aparición de estos nuevos derechos colectivos se debe a la explosión o expansión de la noción jurídica de “sujeto de derecho” -proveniente del derecho civil-. Además, el jurista francés Paul Delvaux señala que “sujeto de derecho es una noción elástica y permeable a través de la cual se puede tutelar varios centros de imputación (entes sociales) con derechos y deberes”³¹. Apoya la noción de la subjetividad de los pueblos indígenas al señalar que estos centros de imputación pueden representar colectividades que reclaman una protección jurídica mediante los derechos humanos. Entonces, estas teorías permiten determinar cómo se interpreta, por ejemplo, desde el Tribunal Constitucional Peruano, dejando de lado la noción liberal de derecho subjetivo, los derechos de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, entidad colectiva que reivindica derechos (en las esferas del derecho interno e internacional) y que están siendo configurados como “derechos humanos”.

En consecuencia, la noción de sujeto de derecho amplía la titularidad de facultades y deberes a una multiplicidad de entes sociales y culturales, individuales o colectivos (titularidad colectiva), permitiendo a los pueblos indígenas configurarse como sujeto de derecho. A pesar de que puede traer ciertos inconvenientes en la dogmática jurídica por la yuxtaposición de sujetos -crítica planteada por diversos filósofos que provienen del liberalismo político y el positivismo jurídico (Madiot, Marquiset, Rivero)-, la solución que expone la noción sujeto de derecho sobre las reivindicaciones de sujetos colectivos, como son los pueblos indígenas, frente al planteamiento clásico reduccionista del “subjetivismo” de los derechos humanos, es

³⁰ MASSINI, Carlos, *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 270.

³¹ DELVAUX, Paul, “Problematique des Droits de l’Homme: Droits Subjectifs ou Droits-de-l’Etre-en Société?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milán), Año IV, Serie LX (1983), p. 528.

más que coherente y que se pretende identificar en la normativa constitucional y legal en esta investigación.

Por ejemplo, los derechos indígenas, especialmente el de participación política y consulta previa, plantean una crítica abierta al sistema democrático. En ese sentido, nos apoyamos en el filósofo político canadiense Kymlicka cuando dice que “los derechos indígenas es una crítica abierta a su cultura societaria asimilacionista y a la ineficacia de derechos individuales para tutelar intereses de grupos”³², pues el dialogo directo que produce la consulta previa entre funcionarios del Estado y los pueblos indígenas, privilegian esta relación, y se justifica en la misma razón que los mecanismos tradicionales de participación ciudadana son ineficientes para la inclusión de estos grupos en la sociedad mayoritario.

Asimismo, según el jurista catalán Torbisco, estas teorías permiten entender si “los derechos colectivos son eficaces como institución normativa que garantizaría el desarrollo de la identidad e instituciones culturales de distintos grupos culturales”³³. Es decir, por una serie de sucesos históricos se comenzó a tomar relevancia jurídica la entidad colectiva mediante el reconocimiento del otro y por tanto las normas constitucionales deben responder a este sentido.

Por otro lado, lo que Gutman señala como “el derecho a la diferencia, el pluralismo democrático, la multiplicidad de sujetos colectivos, la diversidad de identidades culturales”³⁴, es un reconocimiento de una pluralidad de identidades colectivas, la cual ha desplazado al campo de los derechos humanos, con distintas propuestas, mediante los derechos de los pueblos indígenas, y se han recogido con matices en el constitucionalismo peruano, ya sea en el texto, en la interpretación del Tribunal Constitucional o en su legislación infraconstitucional.

3.2.1. DIMENSIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El derecho, entendido en su sentido clásico, es un conjunto de normas que regulan el orden, las acciones y los intereses de la sociedad y los individuos que la conforman. Este conjunto de normas se desdobra en las normas orgánicas –referidas

³² KYMLICKA, Will, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 152.

³³ TORBISCO CASALS, Neus, *Minorías Culturales y Derechos Colectivos: Un Enfoque Liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Frabra, 2000, p. 7.

³⁴ GUTMANN, A. “The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics”, *Philosophy and Public Affairs* (Princeton), vol. 22, 3 (1993), p. 171.

a la institucionalidad y los procedimientos, estos últimos se encuentran en las llamadas “normas de carácter adjetivo” o instrumental- y en las normas dogmáticas – normas sustantivas que resguardan las libertades individuales-. En ese sentido, el jurista mexicano Saldaña fue uno de los primeros en sistematizar las implicancias del cambio de fundamentación liberal de los derechos humanos. Señalaba que:

“Las normas dogmáticas corresponden a lo que la visión liberal del derecho llama derecho subjetivo, basamento de las libertades fundamentales. Así, queda claro que todos estos derechos, conocidos como derechos humanos, mantienen una similitud: son complementarios al tener una estructura lógica jurídica elaborada sobre la base de los derechos subjetivos”³⁵.

Es decir, el fundamento individualista de los derechos humanos es la naturaleza jurídica similar de los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales -“primera” y “segunda” generación de derechos humanos-. Asimismo, de acuerdo al jurista francés Jean Rivero:

“(...) estos derechos mantienen en el positivismo normativo, una estructura lógica normativa inquebrantable, la cual se basa en la visión de los derechos individuales (titularidad y ejercicio individual)”³⁶.

En materia de derechos humanos se ha escrito y se escribe prolijamente. Sin embargo, la relación entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas ha estado marcada por la ambigüedad y la poca claridad en sus estudios y formulaciones y ha sido utilizada desde diversas visiones ideológicas y doctrinarias para afirmar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas no son derechos humanos, no tienen carácter de immediatez, no pueden oponerse a la soberanía del Estado, y son estándares internacionales discrecionales para las autoridades públicas.

La génesis de los derechos humanos nos señala las distintas concepciones y discursos jurídicos que existen sobre los derechos humanos en su devenir histórico, legitiman y sustentan estos últimos y, por ende, no es un catálogo jurídico cerrado, sino más bien, un cuerpo normativo en constante construcción que comparte naturaleza ontológica y jurídica con los derechos de los pueblos indígenas. Y es que en este mundo *globalizado*, la tendencia es a la pluralidad del pensamiento en todos los ámbitos, más aún, en el político y en el jurídico. Sin embargo, en algunos

³⁵ SALDAÑA, Javier, “Críticas en torno del Derecho Subjetivo como Concepto de los Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México), N° 86 (may.-ago. 1996), p. 129.

³⁶ RIVERO, Jean, “Vers de Nouveaux Droits de l’Homme”, *Revue des Sciences Morales et Politiques* (París), 4 (1982), pp. 673-86.

ordenamientos jurídicos nacionales, ha sido costoso mantener el principio liberal de pluralidad, tal cual veremos más adelante.

3.2.2. TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Al llegar a este punto, podemos concluir que los derechos humanos se basan en una ideología individualista y tienen como sustento jurídico la noción de derecho subjetivo. Sin embargo, en el devenir histórico de la sociedad capitalista occidental, reivindicaciones de grupos sociales con propia identidad política, social, cultural étnica, lingüística, nacional, etc, se han amparado en derechos humanos nuevos, con valoraciones morales propias. En ese sentido, el jurista brasileiro Lafer menciona que:

“Los conflictos Norte Sur, los proceso de descolonización, todos ellos, son los elementos que constituyen el ambiente ideológico de los derechos humanos de tercera generación. El origen de los derechos colectivos o derechos humanos de tercera generación tienen un origen políticamente controvertido”³⁷.

Es más, en un plano teórico, los comunitaristas como MacIntyre, Sandel, Bellah, Taylor, Walzer y el propio Kymlicka, han realizado aportes en este campo normativo para la constitución de los derechos comunitarios, los cuales, como se ha señalado en la presente investigación, son cuestionados.

3.2.3. EL DESARROLLO SOCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

La reivindicación de los nuevos derechos humanos ha tomado distintos caminos, muchos de ellos expresados en violencia. El caso más interesante a nivel constitucional han sido los Estados Unidos con una inflación de reivindicaciones sociales en el marco de los derechos humanos.

Todo grupo particular tiene un interés corporativo, exige ventajas para sus miembros, un porcentaje del presupuesto público, una cuota garantizada de empleo. Estas reivindicaciones sociales son muy legítimas, y un ejemplo de ello es la *affirmative action* (“*discriminación positiva*”). Se trata de una acción política que tiende a favorecer el despegue cultural de la población negra, reservando -por

³⁷ LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos, un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 151.

ejemplo-, a esta comunidad una cierta cuota de matrículas en las universidades u otros tipos de servicios públicos.

El debate sobre el multiculturalismo se desarrolló teóricamente en Norteamérica; y en países que tienen variados grupos etno-culturales en su seno. Hay varias formas de entender a un Estado: un Estado-nación -comunidad jurídicamente organizada e históricamente determinada, con instituciones propias cuya finalidad es el desarrollo cultural de su organización-, un Estado Multinacional -unidad jurídicamente organizada sobre políticas centrales que gobiernan o rigen sobre más de una nación al mismo tiempo-, o un Estado multiétnico. La mayoría de los Estados latinoamericanos son Estados multiétnicos, multinacionales o constituyen una nacionalidad política con pueblos indígenas insertos en estos países.

Las demandas de minorías culturales y en algunos casos, nacionales, son reivindicaciones políticas relacionadas al poder ejercer un poder público, compartirlo desde su propia organicidad. Es decir, ejercer el poder de la administración de justicia, la administración de uso y usufructo territorial, prácticas de valores culturales propios, etc; sin embargo, la democracia liberal occidental respeta la libertad e igualdad moral de sus miembros como individuos, como ciudadanos, mas no otorga derechos diferenciales comunitarios, o de distribución de bienes y servicios entre minorías nacionales, grupos indígenas y étnicos o hasta sexuales. Durante la década de los noventa, esta tendencia ha ido cambiando, pero con los sucesos de violencia terrorista de los últimos quince años, se percibe una regresión en la afirmación de las diferencias sociales y la falta de respeto a grupos socioculturales, étnicos y religiosos disímiles, en una suerte de democracia liberal-dictatorial.

Sobre la noción de derechos colectivos en relación a las minorías, el jurista Van Boven los define como:

“Los derechos de las minorías, en cuanto a la conservación y desarrollo de sus características y el derecho de los pueblos a la autodeterminación, esto es, el derecho a determinar libremente su política y a buscar libremente su desarrollo económico social, y cultural”³⁸.

Este desarrollo de los derechos colectivos se da en el marco ideológico comunitarista y sustentando políticamente en la guerra fría y la liberación de los pueblos ex colonias, que se caracterizan como colectividad por su naturaleza racial,

³⁸ VAN BOVEN, Theodoor C. “Criterios Distintivos de los Derechos Humanos”, en Karel Vasak, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, Serbal / Unesco, 1984, pp. 96-9.

etnológica, nacional, lingüística o religiosa, y por condicionantes materiales, políticos, económicos, sociales y culturales.

Esta política de reconocimiento de derechos sociales a colectividades parece en efecto esencial e indispensable si se quiere salir del círculo vicioso de los *handicaps* culturales de los países del hemisferio sur. Por ejemplo, en Estados Unidos, los afroamericanos, seguidos de los hispanos, serán incapaces de convertirse en un peso social necesario frente a la cultura societaria “oficial” anglosajona, sino, según el filósofo canadiense Will Kymlicka, “prosигuen en su proceso de cohesión social y dejan de transmitir su falta de conciencia social y cultural a sus descendientes, y así sucesivamente”³⁹. De acuerdo a este autor, se ha definido más adelante los derechos de los pueblos indígenas, en tanto su carácter colectivo y especial.

Haarscher ha tomado una posición crítica frente al modelo de *affirmative action* norteamericano en el proceso de reconocimiento de desigualdades sociales en su tratamiento jurídico. Esta autor señala que:

“(...) de allí tenemos la idea de reservar a los afroamericanos a un cierto número de plazas en las universidades: es así como aparece la acción *affirmative*, que tiene como efecto positivo el garantizar a la comunidad negra las ventajas que le permitirán -al menos es eso lo que se espera-, de poner en marcha un proceso acumulativo de formación de elites. Pero esta acción aparece también incontrastablemente como un acto de *discriminación*: una vez cubierta la totalidad de las vacantes acordadas a los blancos, es evidente que se rechazará, para respetar el principio de cuotas, a un estudiante blanco cuyos resultados (ya sea en un test o en un examen de admisión), fueran superiores a los del negro aceptado. Esta es indiscutiblemente una posibilidad que si sucede, dará lugar a un recurso ante la Corte Suprema”⁴⁰.

Así, como el autor afirma, un principio de primera generación entraría en conflicto con una exigencia de segunda generación, la igualdad ante la ley (si hay exámenes de admisión, es normal que el mejor sea aceptado, y la instauración de cuotas implica un acto arbitrario de discriminación), se opone en este caso al derecho a la educación y a la cultura, cuyos titulares son los afroamericanos que se benefician de la *affirmative action*. Continuando con Haarscher, estas acciones de protección de grupos sociales dentro de la libertad individual de la democracia occidental son riesgosas por lo siguiente:

“(...) No obstante, lo he dicho, tal tensión es normal, cualquiera que esta sea, y es

³⁹ KYMLICKA, Will, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en *Isegoria, Revista de Filosofía Moral y Política* (1996), pp. 30-1.

⁴⁰ HAARSCHER, Guy, *Philosophie des Droits de l'Homme*, Bruselas, Éditions de la Université de Bruxelles, 1993, p. 43.

necesaria para sopesar cada vez que se pone en riesgo o en peligro haciéndose prevalecer uno u otro principio en el grado de opiniones políticas y de elecciones éticas. Lo que por el contrario parece eminentemente peligroso y causa con toda seguridad un efecto perverso es la multiplicación desordenada y salvaje de tales acciones; cada grupo reivindicando para sí, en las situaciones más diversas, ventajas particulares o medidas correctoras a su estado desfavorecido”⁴¹.

En efecto, es posible debilitar los derechos de primera generación creando diferencias sociales y flexibilizando el principio de la igualdad ante la ley de todo contenido, como sucede con las propuestas de Kymlicka y de Rawls. En segundo lugar, el Estado estaría imposibilitado de satisfacer todas las exigencias sociales que en algunos momentos se volverían hasta posiblemente opuestas. Entonces, podría entenderse que los derechos humanos no constituyen exigencias categóricas, y que toda acción legítima no siempre es satisfecha. La consecuencia sería un debilitamiento de la legitimación inicial de los derechos humanos y haría olvidar que la primera demanda concierne *una lucha sin excepciones contra la arbitrariedad estatal y también privada*, más aún cuando la seguridad jurídica se encuentra reducida en la mayor parte de los países del mundo, y *que es inadmisibles aceptar una violación a los derechos humanos para satisfacer a otros*. El crecimiento de las reivindicaciones expresadas de los nuevos derechos humanos debilita a los derechos humanos precedentes que actualmente pueden ser usados como instrumentos políticos de los países hegemónicos o de grupos de presión (elites políticas, gremios empresariales, etc).

3.2.4. LA CRÍTICA DEL LIBERALISMO

Las críticas de los liberales y positivistas sobre estos derechos humanos se centran en los efectos que estos acarrearán a las generaciones de derechos anteriores. Es un claro ejemplo de ello el fenómeno denominado “contaminación de las libertades” (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden al perjuicio causado a los derechos fundamentales ante determinados usos de nuevas tecnologías y de otras prácticas sociales, restando importancia el contenido esencial de derechos humanos reconocidos previamente.

El argumento liberal utilizado ha sido de carácter teórico y político. El liberalismo considera que la naturaleza de estos derechos no está aún definida y afirmar que son derechos humanos cuando estas exigencias son muy imprecisas,

⁴¹ Ibid., p. 44.

frente al concepto de derecho subjetivo, es permitir que *todos los derechos humanos* constituyen ideales que rayan con la moral y no tienen sustento jurídico. En consecuencia, el riesgo es legitimar la acción de las dictaduras modernas, tan proclives a escudarse en reivindicaciones sociales de contenido vago, ya sin límites que imponerles. Mientras estos nuevos derechos no se logren plasmar y asuman una estructura jurídica positiva, serán derechos que están en un estado sin protección.

Tal como señala Sanders, “en la mayoría de países latinoamericanos hemos vivido experiencias de poderes que están por encima de la ley y del Estado formal de derecho, causado por una visión fragmentada de la realidad y una visión feudal o patrimonial de la política”⁴². La mayor parte de los regímenes políticos latinoamericanos justifican su existencia y su actuar político sobre la base del progreso y el trabajo, la reconstrucción nacional de un país, la lucha por la verdadera libertad de su pueblo y la defensa de grandes valores, cuando estos mismos valores se encuentran instrumentalizados y sin ninguna aplicación prácticas, tal como aparece en muchas dictaduras de tendencias políticas distintas; además, a estos regímenes no les cuesta nada reafirmarlos a nivel internacional y mantener una política interna totalmente represiva. La fuerza de los derechos humanos se encuentra en sus características de precisión, concreto, práctico, jurídico, en la fuerza efectiva contra el abuso del poder político y de los poderes para-legales. Esto refuerza la idea que mencionamos en la presente investigación con respecto a que la incorporación constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas depende en fuerte medida a eliminar las estructuras públicas de desigualdad y exclusión.

Se tiende a extender el contenido de la tutela de las libertades fundamentales, y en muchas ocasiones esta extensión se da de una manera legítima. Por ejemplo, el carácter amplio y flexible de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos obviamente se encuentra en la perspectiva iusnaturalista lockiana de la fundamentación de los derechos humanos, donde los derechos naturales anteceden a la concepción de Estado. Sin embargo, esta declaración política es de carácter individualista.

Los redactores americanos de las grandes Declaraciones de Derechos no tenían ninguna intención de liberar a los esclavos, y encontrarían natural el ayudar a mantener -más provechoso-, tal estado de servidumbre y en favorecer al mismo tiempo el universalismo más radical. La Declaración de Estados Unidos dice lo

⁴² SANDERS, Karen, *Nación y tradición*, Lima, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 163.

siguiente:

“(...) Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; y que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, tiene el pueblo derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en esos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad”.

La Revolución de Estados Unidos significó en el desarrollo histórico de los derechos humanos, la *constitutio libertatis*, es decir, el establecimiento de una de las primeras libertades que buscó la Reforma Protestante sobre la base de una filosofía individualista que expresaba el acto de fe como un acto individual por la gracia de la libertad religiosa. El actuar político del gobierno de los Estados Unidos y de sus ciudadanos de origen protestante, benefició aún más la eficacia de tales libertades. Así, Laporta afirma que:

“(...) haríamos bien en no trivializarlos [los derechos humanos] apelando a ellos sin ton ni son o extendiendo los catálogos y las generaciones arbitrariamente, puesto que de ello puede depender no solo el que sean reconocidos, sino sobre todo el que sean efectivamente realizados en algún omento de la historia de la especie humana”⁴³.

Este autor afirma que su posición en contra de la expansión de los derechos humanos al afirmar que la escasez de los derechos humanos favorecería la fuerza de estos, en tanto que su multiplicación aminoraría su fuerza justificatoria o motivacional. Al contrario de este autor, no es posible negar y olvidar el principio de carácter progresivo de los derechos humanos, cuando los mecanismos de protección se hacen cada vez más intensos.

Para este autor, en el caso de los derechos humanos de tercera generación, estos son derechos reivindicados que se reducen a vagas exigencias morales. Desde este momento, el hecho de concederles inmediatamente el status de derechos humanos en sentido lato podría acarrear el efecto de *trivializar*, es decir, en lugar de que los “nuevos” derechos extiendan y amplíen el campo de los antiguos derechos humanos, los debilitan y socavan o vuelven precario el status que recae sobre los derechos humanos de las generaciones precedentes. La crítica liberal se reduce a la naturaleza de estos derechos.

El liberalismo considera que el proceso de amparo de los derechos humanos de tercera generación, es decir, derechos colectivos o derechos comunitarios, es negativo cuando los nuevos derechos prevalecen por la fuerza sobre los antiguos (en particular sobre el concepto de seguridad, base de toda la estructura jurídica); se arriesga dando primacía a inconsistentes derechos de los pueblos, o de la humanidad, o de las generaciones futuras, *sobre la protección precisa, aquí y ahora, del individuo*, en la lucha contra las dictaduras. Haarscher sentencia señalando lo siguiente:

“(...) es necesario denunciar a los dictadores modernos, defensores del progreso y la autenticidad de las tradiciones culturales, dictadores irrespetuosos de los derechos humanos, estos nuevos derechos son una forma de liberarse de los límites potencialmente efectivos y embarazosos para ellos, para su poder político tiránico”⁴⁴.

3.2.5. FUNDAMENTO JUS-FILOSÓFICO DEL DERECHO HUMANO SUBJETIVO

Los derechos humanos conocidos de manera pedagógica como derechos de “tercera generación”, son derechos heterogéneos y cuestionados por su naturaleza jurídica, considerados tan solo reivindicaciones sociales como *la libertad informática, las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al cambio de sexo, o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito*, derechos un poco ambiguos y suntuosos. Otro grupo de derechos nuevos son: el derecho a la paz, a un medio ambiente protegido, a la calidad de vida, a un desarrollo armonioso de las culturas, el derecho de un pueblo al desarrollo y al vivir en democracia, derechos de minorías étnicas (derechos humanos comunitarios), y a la capacidad de la humanidad (el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad). Sin embargo, para el profesor Enrique-Pérez Luño el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de construir un elenco preciso y de contornos bien definidos. *Se trata, más bien, de un marco de referencia, todavía in fieri, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona.*

Asimismo, han surgido muchas discrepancias doctrinarias al respecto. Los

⁴³ Citado por SQUELLA, Agustín, *Estudios sobre Derechos Humanos*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1991, pp. 193-4.

⁴⁴ HAARSCHER, Guy, *Philosophie des Droits de l'Homme*, Bruselas, Éditions de la Université de Bruxelles, 1993, pp. 78-83.

iusnaturalistas y comunitaristas apuestan por la defensa de los derechos humanos de tercera generación -entre ellos contamos a Celso Lafer, Hannah Arendt, Antonio Cançado Trindade, Javier Saldaña, con ciertos matices Will Kymlicka, John Rawls, Paul Janet, Lo Ducca y Peter Singer-, mientras que los neoliberales y positivistas – desde Popper y Von Mises a Guy Haarscher, Paul Delvaux, Carlos Massini, Nozick y Jean Rivero,- critican su naturaleza y los efectos perjudiciales que puedan causar a las generaciones de derechos humanos anteriores. Se verá a continuación las posiciones y las críticas de ambas tesis desde una óptica jurídica.

Para ello, al distinguir las nuevas exigencias que se incluyen en la categoría de estos derechos, pues el presente trabajo se abocara a mostrar las tensiones que producen los derechos humanos colectivos, grupos parte de los derechos humanos de tercera generación, y específicamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Van Boven define los derechos colectivos como:

“(…) los derechos de las minorías, en cuanto a la conservación y desarrollo de sus características y el derecho de los pueblos a la autodeterminación, esto es, el derecho a determinar libremente su política y a buscar libremente su desarrollo económico social, y cultural”⁴⁵.

El desarrollo de los derechos colectivos se da en el marco ideológico comunitarista y sustentando políticamente en la guerra fría y la descolonización de los pueblos, que se caracterizan como colectividad por su naturaleza étnica, nacional, lingüística o religiosa, y por condicionantes materiales, políticos, económicos, sociales y culturales.

3.2.5.1. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

Ante la introducción de nuevos derechos cuya naturaleza jurídica es diferente al derecho subjetivo, existe un debate por visiones políticas distintas a la protección de dichos derechos, hasta una posible manipulación de discursos políticos, un posible proceso de debilitamiento de la exigencia de los derechos humanos, como si fueran la prerrogativa estatal de algún gobierno autoritario. En efecto, para que los derechos humanos posean un significado preciso frente al poder estatal de dictaduras y autoritarismos, es necesario establecer cuatro elementos muy definidos:

1. Un titular que pueda premunirse de estos derechos, que pueda protegerse;
2. Un objeto que de un contenido al derecho, es decir, el contenido valorativo;
3. Una situación de oponibilidad que permita al titular hacer valer su derecho en una suerte de instancia procesal; y,
4. Una sanción organizada.

Desde la dogmática jurídica “liberal”, para que los derechos humanos posean un significado preciso es necesario establecer estos cuatro elementos, no se puede hablar de derechos humanos en strictu sensu. En consecuencia, desde la visión “subjetivista” de los derechos humanos, los derechos colectivos, ciertamente, no son sostenibles jurídicamente; sin embargo, con la noción de sujeto de derecho, estos nuevos derechos pueden subsistir en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la noción de derecho subjetivo –la encontramos en el derecho civil- se entiende como la facultad de obrar con la finalidad de satisfacer un interés propio e individual del sujeto que detenta este poder. Además, esta noción también es una herramienta jurídico-social de protección para el interés individual, es decir, el derecho subjetivo es para la autonomía privada, desarrollada tanto por la escuela civilista francesa como por la escuela alemana. Para Haarscher, según estos elementos, el positivismo y el neoliberalismo cuestionan de la siguiente manera a los derechos humanos de tercera generación:

“(…) en cuanto a la titularidad de estos derechos ¿Quién es el titular de los derechos del hombre? ¿El individuo? ¿Los pueblos? ¿La humanidad? ¿Quién estrictamente hablando podrá premunirse de estos derechos? En cuanto al contenido de estos derechos: ¿Y sobre el contenido de estos derechos? ¿Acaso no hay nada más vago que la protección del medio ambiente o el respeto de las culturas, como es la “paz”? Proclamar por ejemplo, el derecho a un ambiente pacífico, ¿implicaría un pacifismo radical? ¿Una situación de neutralidad? ¿Un derecho a la guerra limitado por la defensa? ¿En qué tipo de condiciones estrictas se desenvolvería?; ¿El medio ambiente debe ser preservado de toda contaminación relacionada con la industrialización? Pero entonces, ¿cómo hacer compatible tal exigencia con el derecho al desarrollo, también incluida en la categoría de “nuevos derechos del hombre”? De otro lado, ¿en qué consiste el criterio de oponibilidad, o por quienes estos derechos podrían ser invocados? ¿Por los Estados? ¿Por las empresas privadas? ¿Por instancias internacionales? Asimismo, en cuanto a la sanción, ¿Cuál sería la maquinaria judicial, cuál sería la fuerza pública a utilizar, y quienes reconocerían a tales derechos su efectividad?”⁴⁶.

⁴⁵ Van Boven, Theodoor C. “Criterios Distintivos de los Derechos Humanos”, en VASAK, Karel Vasak, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona, Serbal / Unesco, 1984, pp. 96-9.

⁴⁶ HAARSCHER, Guy, *Philosophie des Droits de l'Homme*, Bruselas, Éditions de la Université de Bruxelles, 1993, p. 42.

Ciertamente bajo dicho concepto, se presenta una restricción de ampliación de subjetividades que puedan utilizar los derechos individuales, sin embargo, procesos de regulación internacional, de reformas constitucionales y nuevos marcos legales han terminado por definir esta subjetividad desde los pueblos indígenas, superando las limitaciones del derecho subjetivo.

3.2.5.2. DERECHO SUBJETIVO Y EL SUJETO DE DERECHO

Se afirma que la aparición de nuevos derechos se debe a la explosión o estallido de la noción de sujeto de derecho, noción jurídica expansiva, mediante la cual se puede considerar varios centros de imputación (entes sociales), con derechos y deberes. Estos centros de imputación se pueden agrupar en colectividades (personas jurídicas) que reclaman una protección jurídica mediante *los derechos humanos*. Entonces, la noción liberal de derecho subjetivo finalmente tiene una noción superior, la noción de sujeto de derecho (en la esfera del derecho interno y del derecho internacional) que de alguna manera reagrupa a diversas entidades sociales que reivindican derechos y que están siendo configurados como derechos humanos.

Asimismo, la parcialización del hombre hasta su atomización se da por la protección total que se le hace a su dignidad, integridad, unidad moral, física, patrimonial, etc. según Delvaux:

“(...) se ve al hombre como unicidad en su personalidad desdoblada continuamente, causando una ampliación desconsiderada de derechos que arriesga a conducir con su propia pérdida en un vacío de significado, de todo sentido y sustancia, a la noción de derechos del hombre”⁴⁷.

Es decir, genere una ineffectividad en la protección de sus derechos más fundamentales. Sin embargo, dentro de la doctrina moderna han surgido discrepancias sobre la identificación de la noción de derechos humanos con el concepto jurídico de derecho subjetivo. Una primera objeción es que el derecho subjetivo -interés tutelado jurídicamente- le otorga al individuo un poder o una facultad que este tiene sobre una cosa o situación. Los derechos humanos se basan sobre una cosa justa, no sobre una ventaja jurídica individualista y personalista; de este modo, los derechos humanos son vistos entonces como un interés particular en

⁴⁷ DELVAUX, Paul, “Problématique des Droits de l’Homme: Droits Subjectifs ou Droits-de-l’Etre-en Société?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milán), Anno IV, Serie LX (1983), pp. 528-9.

beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público.

Otra contradicción es que el derecho subjetivo se basa sobre una relación de oponibilidad que transfiere a la noción de derechos humanos; así, para Michel Villey:

“(…) la noción de facultades o libertades en comunidad se va fraccionando en tantas libertades, y se va defendiendo con más energía por el individuo según el *poder* o el derecho humano que le corresponde, trayendo como consecuencia el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares”⁴⁸.

Se puede afirmar que los derechos humanos han nacido en un sistema dominante que no es el propio ni el propicio para su aplicación. En efecto, gestados en un mundo políticamente institucionalizado bajo la forma dominante de los derechos subjetivos, instalar la conciencia de necesidad de los derechos humanos y bajo el signo de la universalidad, será muy difícil.

En consecuencia, los llamados “derechos” de tercera generación no pueden responder a ninguno de estos cuatro criterios. Es riesgoso determinar el titular de estos derechos. Es importante señalar que los nacionalismos y los fundamentalismos han sido grandes fronteras políticas para el régimen político capitalista occidental, sin embargo, ahora conviven en él, amenazando la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos, por lo que podemos concluir que existe una amenaza para todos los derechos, no sólo para los de naturaleza individual o solo colectiva, ya sea el derecho de autodeterminación de los pueblos - en cierta manera -, el derecho al desarrollo o a vivir pacíficamente, a que se respeten su patrones culturales y costumbres de nación, grupo, etnia, etc. Aunque pareciera ser que el problema vuelve a retomarse en la contradicción entre el comunitarismo (derecho de la persona en comunidad) y el individualismo (derecho de la persona en su individualidad).

Los derechos humanos tienen características que estudia la dogmática jurídica: la universalidad del género, la transnacionalidad o internacionalización de los derechos humanos, la irreversibilidad en el tiempo del derecho inherente a la persona, y la progresividad del mismo. Estas características encajan perfectamente dentro de una concepción individualista de los derechos humanos que no fueron puestas en duda hasta la aparición de los derechos de tercera generación.

En el caso de la progresividad, esta manifiesta que los derechos humanos

⁴⁸ VILLEY, Michel, “Les origines de la notion de droit subjetif”, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 229.

como no dependen de un ordenamiento jurídico preestablecido y son inherentes a la noción de persona, el reconocimiento y protección no son constitutivos, tan solo enunciativos. Así muchas constituciones de Estados recogen una relación de derechos fundamentales, un *numerus apertus* (Constitución de 1979, artículo 4 y Const. 1993, artículo 3); no obstante, la progresividad no encajaría dentro del avance de los derechos humanos de tercera generación, ya que estos derechos tienen como titular, no desde el concepto de derecho subjetivo sino de derechos morales -según el liberalismo-, meta jurídicos o iusfilosóficos, a la humanidad representada por una persona, un conjunto de ellas, Estados, naciones, pueblos indígenas, etc.

En el derecho internacional, es la comunidad internacional que tiene dicha subjetividad, y de ella se desprenden otras más. Tal como señala el internacionalista español, Remiro Brotons:

“(...) la comunidad internacional se convierte -se legitima mediante su forma de organización- en la titular de derechos humanos de tercera generación en representación, en muchos casos, de la persona humana, de los pueblos, naciones y otras entidades destinatarias de normas jurídicas internacionales, o tan solo de la humanidad”⁴⁹.

Finalmente, el sustento de valores como la libertad, la igualdad para las generaciones anteriores se ven desplazados por el principio de la solidaridad de los derechos humanos de tercera generación: se ha reformado la noción de libertad, apartándose de la idea abstracta liberal (“*en si*” y “*para si*” hegeliano), y logra transformar a los derechos humanos en un acto “*con*” los demás y “*en*” un contexto histórico social determinado. Estos nuevos derechos humanos son esencialmente derechos de liberación frente a la libertad formal de la norma interna o internacional. Posteriormente, estos derechos se irán concretizando cuando exista en algún momento cierta forma de “dominación” en una comunidad política.

3.3. VISION DE DESARROLLO Y SOSTENIBILIDAD

3.3.1. DESARROLLO SOSTENIBLE

3.3.1.1. ANTECEDENTES

⁴⁹ REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, Mac GrawHill, 1997, pp. 134-6.

El Desarrollo Sostenible es un concepto o tipo de modelo que pretende ser alternativa al modelo económico capitalista, el modelo de negocios como usualmente se realiza, sin ninguna consideración ambiental o social. Los antecedentes para plantear alternativas se inician desde la propieda Revolución Industrial (Inglaterra – Siglos XVIII – XIX) y persiste actualmente por la transformación social, económica, cultural; por ejemplo, proveniente de negocios que afectan a los seres humanos o la naturaleza, como la agricultura intensiva; la mecanización en todos los sectores; migración a la ciudad y aparición de grandes ciudades; crecimiento demográfico; uso intensivo del carbón y otros recursos naturales, hasta la apertura de oportunidades comerciales regionales.

La Modernidad trae más contradicciones (Siglo XX), es decir, mientras más desarrollo, menos compatibilidad con la naturaleza. El conflicto del ser humano con la naturaleza se produce en la formación de grandes centros urbanos ciudades (megalópolis), inicios de la industria de los hidrocarburos (petróleo, plástico, químicos, etc.), Industrias extractivas (minería, pesca industrial, forestal), y el modelo de consumos sin restricciones. En el caso de los países desarrollados, la aparición de la lluvia ácida (óxidos de sulfuro y nitrógeno producidos en procesos industriales), contaminación transfronteriza a través de ríos (Europa, África y Asia), pérdida de hábitats silvestres y especies migratorias (Europa y EEUU) y uso intensivo de plaguicidas y pesticidas. En el caso de los países en vías de desarrollo, la deforestación, la pérdida de pesquerías, suelos agrícolas, biodiversidad, el calentamiento global, la polución y contaminación industrial (residuos sólidos), los desechos nucleares, los organismos vivos modificados (biotecnología, nanotecnología, biología sintética) son factores que expresan los impactos del modelo económico global.

En ese sentido, los hitos en materia ambiental que se han enfocado en señalar los impactos negativos ambientales y sociales son los siguientes:

1. Primer Hito: La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano (Estocolmo, 1972), el cual produjo la Declaración de Estocolmo, un Programa de Acción y el Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (administradora y secretaría de varios tratados internacionales). Las implicancias es que produjo una dinámica científica, cooperación internacional, incidencia

política, y tratados ambientales internacionales AMUMAs en materia ambiental, el derecho al medio ambiente se había configurado.

2. El segundo hito es la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente (ONU) – Comisión Brundtland (1984-1987), el cual produjo el Informe Brundtland o “Nuestro Futuro Común”, donde se conjugan preocupaciones ambientales y desarrollo económico; capacidades de regeneración de los ecosistemas; limitaciones de la tecnología frente a capacidades de carga del ambiente; consolidación del concepto de “desarrollo sostenible o sustentable” (satisfacer necesidades de generaciones presentes (especialmente de los pobres), sin comprometer opciones y posibilidades de generaciones futuras).
3. El tercer hito es la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), Río de Janeiro, 1992 (“Cumbre de la Tierra”), el cual produjo la Declaración de Río que estipula los principios que han normado el debate y los acuerdos en materia de medio ambiente y Desarrollo; el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Convenio Marco sobre Cambio Climático;
4. El Cuarto Hito es la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), conocido como la Cumbre de la Tierra, cuyos objetivos eran analizar avances en la reducción de la pobreza, los niveles de desarrollo y la degradación ambiental y evaluar preliminarmente avances en el cumplimiento de las Metas de Desarrollo del Milenio. También se debe incluir la Agenda 21, programa de acción para hacer frente a los principales desafíos que plantea la problemática ambiental y en general el desarrollo sostenible; los Principios Jurídicamente no Vinculantes sobre Bosques de Todo Tipo (Declaración de Bosques)”
 - Agua y Sanidad. Reducir a la mitad el número de personas que viven sin agua corriente y acceso a servicios sanitarios para 2015.
 - Energía. Aumentar considerablemente el uso de fuentes de energía renovable y hacerlas más accesibles a los pobres, pero sin establecer plazos concretos.
 - Pobreza. Establecer un fondo para ayudar a erradicar la pobreza con contribuciones voluntarias.
 - Calentamiento global. El Protocolo de Kyoto revivió en la cumbre luego de que Rusia anunciara su ratificación. Con el respaldo ruso, el acuerdo contó con suficientes productores importantes de gases de efecto invernadero para entrar en vigencia.

- Recursos Naturales y Biodiversidad. "Reducir considerablemente" la pérdida de especies para 2015.
- Comercio. Se logró un acuerdo para que la OMC no pueda anular tratados ambientales globales.

3.3.1.2. DEFINICIÓN DE DESARROLLO SOSTENIBLE

En la Declaración de Río se concibe al Derecho al Desarrollo como aquel que “debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (Principio 3). Asimismo, se define que la protección del medio ambiente como parte integrante del proceso de desarrollo, pues “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada” (Principio 4). Todas estas definiciones se desprenden de la conceptualización de Desarrollo Sostenible que elabora el conocido Informe de la Comisión Brundtland (1987), como “Aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente (ONU) o Comisión Brundtland (1984-1987) señala tres puntos importantes:

1. Se conjuga preocupaciones ambientales y desarrollo económico;
2. Capacidades de regeneración de los ecosistemas: limitaciones de la tecnología frente a capacidades de carga del ambiente;
3. Consolidación del concepto de “desarrollo sostenible o sustentable” (satisfacer necesidades de generaciones presentes (especialmente de los pobres), sin comprometer opciones y posibilidades de generaciones futuras).

A partir de este concepto, ha habido múltiples definiciones de desarrollo sostenible que han contemplado y llenado los vacíos que las críticas han señalado durante años. Una definición que no termina por establecer parámetros a la identificación de “satisfacción de necesidades”, si son estas de carácter racional, si son estas un menú de opciones, pues son aspectos problemáticos que por ejemplo,

Pearce, Markandya y Barbier tratan de definir en su concepto de “sociedad insostenible”, bajo estos tres principios:

1. Un declive no razonable de cualquier recurso.
2. Un daño significativo a los sistemas naturales.
3. Un declive significativo de la estabilidad social.

Complementando esta definición H. Daly también define una sociedad sostenible, como un espacio social en el cual:

1. Los recursos no se deben utilizar a un ritmo superior al de su ritmo de regeneración.
2. No se emiten contaminantes a un ritmo superior al que el sistema natural es capaz de absorber o neutralizar.
3. Los recursos no renovables se deben utilizar a un ritmo más bajo que el que el capital humano creado pueda reemplazar al capital natural perdido.

Concretando esta definición en un caso práctico, el de los combustibles fósiles, significa que se tiene que utilizar una parte de la energía liberada para crear sistemas de ahorro de energía o sistemas para hacer posible el uso de energías renovables que proporcionen la misma cantidad de energía que el combustible fósil consumido. Podemos señalar que una sociedad sostenible, un sistema económico bajo un modelo de desarrollo sostenible necesita cumplir con estas tres cualidades:

1. Sostenibilidad económica: se da cuando la actividad que se mueve hacia la sostenibilidad ambiental y social es financieramente posible y rentable.
2. Sostenibilidad social: basada en el mantenimiento de la cohesión social y de su habilidad para trabajar en la persecución de objetivos comunes. Supondría, tomando el ejemplo de una empresa, tener en cuenta las consecuencias sociales de la actividad de misma en todos los niveles: los trabajadores (condiciones de trabajo, nivel salarial, etc.), los proveedores, los clientes, las comunidades locales y la sociedad en general.
3. Sostenibilidad ambiental: compatibilidad entre la actividad considerada y la preservación de la biodiversidad y de los ecosistemas, evitando la degradación de

las funciones fuente y sumidero. Incluye un análisis de los impactos derivados de la actividad considerada en términos de flujos, consumo de recursos difícil o lentamente renovables, así como en términos de generación de residuos y emisiones. Este último pilar es necesario para que los otros dos sean estables.

Finalmente, se señala como condiciones para el Desarrollo Sostenible las siguientes características:

1. Ningún recurso renovable deberá utilizarse a un ritmo superior al de su generación.
2. Ningún contaminante deberá producirse a un ritmo superior al que pueda ser reciclado, neutralizado o absorbido por el medio ambiente.
3. Ningún recurso no renovable deberá aprovecharse a mayor velocidad de la necesaria para sustituirlo por un recurso renovable utilizado de manera sostenible.

3.3.2. DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL PERÚ

3.3.2.1. ESTRUCTURA DEL ESTADO PERUANO

La construcción de Estado está definida en la Constitución y está no ha cambiado en la historia constitucional del Perú, por lo que podemos entender que no ha comprendido la diversidad cultural del Perú, sino ya recientemente a nivel constitucional en el catálogo de derechos individuales:

“Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

También es un proceso político y constitucional, pues es la norma suprema y fundante que reconoce la soberanía del Estado⁵⁰, al mismo tiempo organiza una serie

⁵⁰ “Artículo 54°. El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.

(...)

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas (...).”.

de regímenes donde se organiza no solo el poder, su estructura, sino como esta se desenvuelve en el territorio, en la sociedad y el mercado. Estos son:

1. Régimen económico, inversiones, y propiedad (reducción del Estado, seguridad jurídica de las inversiones, santidad de los contratos, protección de la propiedad).
2. Régimen de aprovechamiento de recursos naturales, protección ambiental y territorio (uso sostenible a través de la concesión, conservación de la biodiversidad, canon para las regiones).
3. Tierras agrarias y derechos de comunidades campesinas y nativas (reconocimiento de personalidad jurídica, tierras comunales, tierras en abandono).
4. Niveles de gobierno y descentralización (facultades y transferencia).

3.3.2.2. DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

En el caso peruano, debemos buscar en la Constitución del Perú el modelo de desarrollo sostenible que se intenta plasmar. En el texto, no encontraremos una definición, sin embargo, si podemos identificar que se ha conceptualizado tanto el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, así como políticas públicas relacionadas con materia ambiental. La Constitución de 1979 señalaba diversos derechos de los ciudadanos, así como obligaciones del Estado para con la naturaleza:

1. Derecho a la preservación del paisaje y la naturaleza. Destruir y degradar está prohibido y la función estatal es conservar, proteger.
2. Derecho de conservar el ambiente. Como se verá, la Constitución de 1993 en general ha recogido pocos deberes en el tema ambiental.
3. Deber del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental. Colisiona con la idea neoliberal de Estado que tenían los Constituyentes porque en esencia aquí se trata de normar y supervisar.

El II Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es importante porque da una idea de la necesaria interacción entre la obra humana y la preservación

del medio ambiente probablemente sin servicios básicos no vaya a ser posible una protección adecuada del mismo:

“Artículo 11

Derecho a un medio ambiente sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y el mejoramiento del medio ambiente”.

Asimismo, el Convenio 169 de la OIT señala que el modelo de desarrollo sostenible debe adecuarse a las prioridades y organización de los pueblos indígenas:

“Artículo 7

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

(...)

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

En la Constitución de 1993, se encuentra definido como parámetro para el desarrollo sostenible, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, es decir, sano que permita que las especies, los seres humanos puedan reproducirse, seguir desarrollándose y equilibrado, que estén en armonía, que este desarrollo sea positivo, que se reduzca al mínimo el impacto negativo hacia la sociedad o la naturaleza:

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

En ese sentido, el texto constitucional, como las interpretaciones del TCP sobre el contenido de este derecho fundamental son:

1. Elementos del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado;
2. Derecho a gozar de ese medio ambiente (proteger y acceder);
3. Facultad de las personas de poder disfrutar (usar o contemplar) de un medio ambiente en el que se sus elementos (biológica, física, cultural, social,

psicológica) se desarrollan e interrelacionan de manera natural o armónica (desarrollo de vida);

4. No debe suponerse una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente (adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad).

En ese sentido, el derecho al medioambiente es la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que se sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural o armónica, lo que supone:

1. No debe suponerse una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente (adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad), es decir se preserve.
2. Derecho a la preservación del paisaje y la naturaleza.
3. Derecho de conservar a la naturaleza.
4. Deber del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Lo que debe quedar claro es que existen algunas acciones políticas, económicas y sociales que no pueden ser consideradas desarrollo sostenible:

1. La contaminación ambiental (por ejemplo los gases de efecto invernadero, economía “carbono adicta” alta emisión respecto al PBI).
2. Destrucción, pérdida, deterioro de ecosistemas naturales (deforestación de más de 8 millones de hectáreas en Amazonía).
3. Uso insostenible de recursos naturales (por ejemplo, extractivismo exacerbado).
4. La reducción de la capacidad de soporte y de provisión de servicios de los ecosistemas (escasez hídrica, inundaciones, avalanchas)
5. Impactos negativos en la salud y condiciones de vida de las personas.
6. Conflictos socioambientales y pérdida de la estabilidad política.
7. Perpetuación de la pobreza y la exclusión.

Es más, el TCP define el Desarrollo Sostenible como:

“Sostenibilidad debe entenderse: relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía humana, y los sistemas ecológicos, asimismo dinámicos pero que normalmente cambian a un ritmo más lento, y donde:

- a) la vida humana puede continuar indefinidamente;
- b) los individuos humanos pueden prosperar;
- c) las culturas humanas pueden desarrollarse;
- d) los efectos de la actividad humana se mantienen de unos límites, de forma que no se destruya la diversidad, la complejidad y el funcionamiento del sistema ecológico que sirve de sostenimiento a la vida”⁵¹.

El Desarrollo Sostenible plantea una serie de componentes al cual proteger, los cuales son un ámbito de protección que muy bien encierra la naturaleza como conjunto de elementos naturales de la vida y su calidad: Elementos Biológicos o Abióticos (aguas, aire, subsuelo), componente genético, especies de flora o fauna y los ecosistemas y su suma como las comunidades de especies que componen un orden biológico, físico y químico. La Ley General del Ambiente lo define así:

“Artículo 2.- Del Ámbito (...)

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”.

El Tribunal Constitucional Peruano TCP ha definido al desarrollo sostenible como bien lo señalada la doctrina en derecho ambiental⁵², pero también como un modelo que permite la red de Interacciones entre comunidades humanas y naturales de manera positiva, armónica, que permite su desarrollo:

“A partir de la referencia a un medio ambiente equilibrado, el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, (...) la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habrá que sumar los elementos sociales y culturales”⁵³.

El elemento subjetivo que se centra en el disfrute concordado de derechos fundamentales está plasmado en el concepto que la protección ambiental comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida:

⁵¹ Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, Fund. 36

⁵² “(...) desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. Sentencia N 048-2004-PI/TC, fund. 20, Sentencia N° 3343-2007-PA/TC, fund. 14.

“(…) Desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales de la materia de derechos humanos”⁵⁴.

El desarrollo sostenible y el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado, explican una necesidad armónica entre la sociedad y el mercado, entre el principio transgeneracional y las actividades económicas.

“(…) La perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio de sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir el soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras”⁵⁵.

Es más el TCP lo ha señalado en una reconocido sentencia entre la superposición de lotes de hidrocarburos con el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera:

“Busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (...) Modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras”⁵⁶.

Este cuadro resume la interacción entre el modelo de desarrollo sostenible y el enfoque derechos fundamentales en función a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado:

Cuadro N° 3 Derecho al Medio Ambiente

Derecho al Medio Ambiente	Contenido del Derecho
Derecho al medio ambiente	Acciones o resultados que involucran al desarrollo sostenible
Derecho a que ese medio ambiente se preserve (conservar).	Gozar del ADECUADO medio para el desarrollo de la persona. Abstención de particulares y poderes públicos.
Obligaciones al Estado y la sociedad. Obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute (prevenir, proteger, conservar y reparar).	Preservación del medio ambiente: obligaciones de los poderes públicos (Prevención, Protección, Sanción).

⁵³ S. TC Exp. N° 018-2001-AI/TC

⁵⁴ S. TC Exp. N° 964-2002-AA/TC

⁵⁵ S. TC Exp. N° 3343-2007-PA/TC.

⁵⁶ Sentencia Caso Cordillera Escalera N° 3343-2007-PA/TC, Fund. 14

Fuente: elaboración propia

3.3.2.3. CONSTITUCIÓN AMBIENTAL Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES

El capítulo II de la Constitución, sobre “Ambiente y los Recursos Naturales”, señala los siguientes contenidos de política ambiental:

1. Patrimonio de la Nación (carácter público de los bienes de la naturaleza)
2. Régimen de Concesiones (carácter privado de cómo se aprovechan los recursos naturales por terceros)
3. Política Nacional del Ambiente que contiene los tres principales componentes: La gestión ambiental cuyo fin es mantener un medio ambiente sano y equilibrado; la conservación de la biodiversidad (preservar, proteger, mantener la biodiversidad) y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (manejo o uso sostenible del recurso).

Cuadro 4 Contenido de la Constitución Ambiental

Contenidos del Derecho Ambiental	Artículos de la Constitución 1993 Capítulo Ambiente y Recursos Naturales
Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales	Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.
Gestión Ambiental	Artículo 67°. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.
Conservación de la biodiversidad	Artículo 68°. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.
Política Ambiental sobre Amazonia	Artículo 69°. El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

Fuente: elaboración propia

Uno de estos puntos de la Constitución es conocido como el principio de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, es decir, el aprovechamiento de recursos naturales no puede ser separado del interés nacional, como política de Estado, entendiendo que el “patrimonio de la Nación” es la identificación de la naturaleza como un bien público, donde “su explotación no puede ser separada del interés nacional”; en el cual “los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto” (sistema de regalías y canon) y el “el Estado,

como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce”⁵⁷.

Además de estos parámetros también es cierto que el principio de la soberanía de los recursos naturales y el modelo de otorgamiento de derecho a terceros, es condicionado por el art. 15 del Convenio 169 de la OIT, es decir, establece una excepción al mismo principio, por cuanto señala derechos de administración de recursos a los propios indígenas:

“Artículo 15.-

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

El Desarrollo Sostenible también incluye no solo los bienes o componentes de la naturaleza, sino también los servicios ambientales, esto “significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo”⁵⁸.

En el caso del aprovechamiento de recursos naturales como modelo y componente del desarrollo sostenible, en el caso peruano, es un régimen de carácter privado, que permite la participación de terceros en el uso de los recursos. El TCP señala que en “conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas”, donde la “parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre”; es más, son los “elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales”, señalando que esta satisfacción es valorada a nivel económico⁵⁹. Este aprovechamiento también está condicionado bajo el marco de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no solo por otros bienes constitucionales:

“Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional (...).”

⁵⁷ Sentencia N 048-2004-PI/TC, fundamento 29.

⁵⁸ Sentencia N 048-2004-PI/TC, fund. 20, Sentencia N° 3343-2007-PA/TC, fund. 20.

⁵⁹ Sentencia N 048-2004-PI/TC, fundamento 28.

Es más, el TCP también establece parámetros de dicho aprovechamiento, no solo como buenas prácticas, sino obligaciones estatales:

“El uso sostenible obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede. Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección”⁶⁰.

La Política Nacional del Ambiente (2009) define cuales son los recursos naturales:

1. Si se trata de recursos naturales renovables, debemos garantizar el mantenimiento de las especies. El aprovechamiento no puede ser que se impida la reproducción de dichos recursos, sean animales o vegetales. Esto se aplica tanto a la caza de animales como a la tala de bosques. También a las actividades de todo tipo que traigan como consecuencia la posible desaparición de especies.
2. Si se trata de recursos naturales no renovables, hay que aprovecharlos de tal manera que se garantice la depuración y recuperación del ambiente. Así como su posible regeneración.

La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N 26821, en su art. 3 señala una lista de recursos naturales que son Patrimonio de la Nación:

- a. las aguas: superficiales y subterráneas;
- b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d. los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f. los minerales;
- g. los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley”.

⁶⁰ Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, fund. 32

Eso quiere decir que el tipo de aprovechamiento debe señalar un tipo de actitud o acción que se desarrolle en la sociedad y en el mercado:

“Generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general”⁶¹.

Esta soberanía sobre los recursos naturales genera la posibilidad, junto al régimen de presidencialismo, el que ha permitido que se puede generar un régimen normativo especial y excepcional, reglamentarista para promover las inversiones, cuyos efectos jurídicos ha sido limitar derechos indígenas⁶².

3.3.2.4. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Existen varios principios ambientales en la legislación nacional, especialmente en la Ley General del Ambiente

Cuadro 5 Principios Ambientales en el Perú

Principios Generales de Derecho	Principios Ambientales
Legalidad	Sostenibilidad
Libre Iniciativa Privada	Prevención
No discriminación: Igualdad ante la ley	Precautorio
Seguridad Jurídica	Internalización de costos
	Responsabilidad ambiental
	Equidad
	Gobernabilidad ambiental

Fuente: elaboración propia

Entre todos estos principios, todos estos son relevantes y operativos para que las inversiones se ajusten a un modelo de desarrollo sostenible. Uno de los más importantes es el principio de sostenibilidad, en el cual lo ambiental, social y lo económico permite un equilibrio en la sociedad:

“Artículo V.- Del principio de sostenibilidad

⁶¹ Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, funds 22

⁶² TORNERO Cruzatt, Yuri, “Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidencialismo forte ed espansione dell’ economia sociale di mercato”, en Silvia Bagni, *Dallo Stato del Benestar allo Stato di Buen Vivir*, Boloña, Edit. Filodiritto, 2013, p.79 y ss.

La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.

Esto también se puede apreciar en el Acuerdo Nacional, en su Décimo Novena Política de Estado “Desarrollo Sostenible y Gestión Ambiental”:

“Integrar la Política Nacional Ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y de ordenamiento territorial para contribuir a superar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible del Perú”.

Lo que ello significa es que esta integración de políticas pasa por impulsar el ordenamiento territorial, condicionando la promoción de inversiones desde un criterio de sostenibilidad:

1. Institucionalizar la gestión ambiental pública y privada para proteger la diversidad biológica.
2. Facilitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
3. Asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles.
4. Mejorar la calidad de vida de la población más vulnerable.

El punto más complejo y contradictorio de las inversiones, está relacionado al modelo de desarrollo sostenible y su expresión en el texto constitucional, especialmente a lo conocido a la Constitución Económica que permite sintetizar las preocupaciones ambientales, sociales, democráticas y de las inversiones. La necesidad de la participación ciudadana para desarrollar las inversiones viene del fundamento de la defensa de los derechos fundamentales y la convivencia en una democracia:

“La Constitución Económica es un esquema normativo que reconoce dentro de una determinada Norma Fundamental un modelo económico dirigido a tutelar los derechos de las personas intervinientes en el mercado, vigilante y atento al respeto de su condición de seres humanos. *Ergo*, el influjo de la Constitución sobre la ordenación de la vida económica debe tener dos plataformas sobre la cual sustentarse, al igual que el resto de la Norma Fundamental: la dignidad de la persona (C, 1) y la democracia estatal (C, 3), por ser el Estado Social Democrático de Derecho el marco jurídico-político en el que se desenvuelven las

relaciones entre los agentes económicos, sobre la base de un análisis costo-beneficio de su ejercicio de *ius-imperium*⁶³.

En el caso de las inversiones, proyectos públicos privados o mixtos, este tipo de inversiones tanto para el aprovechamiento de los recursos naturales o autorizar una obra de infraestructura, es necesario contar con un Estudio de Impacto Ambiental previamente aprobado. El EIA es un instrumento de gestión ambiental que sirve para identificar los posibles impactos ambientales y sociales que puede generar una inversión y que señala la obligación del titular de la inversión, reducirla, mitigarla, eliminarla, en volver las cosas al estado anterior en que las encontró o lo más cercana a ellas.

El EIA es un instrumento que se funda en los principios ambientales de prevención, internalización de costos y de responsabilidad ambiental, estos tres principios nos indican que es necesario prevenir los posibles impactos negativos que podemos generar en la naturaleza o la sociedad, que debemos incluir el costo de reparar dichos impactos en la inversión que queramos realizar en la sociedad y que la afecte o en la naturaleza y que quien es el que contamina, el que genera el impacto, es el responsable de asumir dicho costo.

El EIA es de obligatorio cumplimiento, y aunque dependiendo del tipo de proyecto, hay tipo de EIAs, más complejos unos que otros, contiene la información o línea de base del área donde va a ser impactada por la inversión, y las medidas a mitigar dichos impactos. Cada vez que ha avanzado el sistema de inversiones, este instrumento se ha complejizado aún, incluyendo no solo los impactos a la naturaleza, sino al ser humano, a sus derechos humanos, y ahora la medición del impacto climático que podría causar, por ejemplo, la hidroeléctrica, los cuales si se desarrollan en la Amazonia, pueden generar gas metano que contribuyen a la generación de gases de efecto invernadero.

El EIA es un instrumento de gestión ambiental preventivo, es un estudio que guarda información y también un procedimiento administrativo que permite recoger dicha información y tomar una decisión sobre la inversión que solicita su aprobación. El EIA es parte del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental SEIA, y aunque no es el único, es el más idóneo para obtener información y sea útil para los

⁶³ MONTTOYA, Víctor, “La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico”, en César Landa (coord.), *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, Lima, Palestra, 2008, p. 75.

pueblos indígenas o comunidades locales, especialmente para identificar la posible afectación a sus derechos en el proceso de consulta.

3.2.2.5. INVERSIONES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Las inversiones se ajustan a los principios de sostenibilidad. Sin embargo, el marco legal de la gestión ambiental es sectorializada, es decir, la regulación de estas inversiones, y su sostenibilidad, se ajustan al marco especial de cada tipo de inversión. En general hay dos formas jurídicas o título habilitantes que permiten aprovechar el recurso natural, a través de la concesión y los contratos ley.

Las inversiones se clasifican como proyectos de inversión pública, privada o mixta y todas ellas deben ajustarse a la gestión de los recursos naturales, y uno de esos principios es que debe aprobarse la certificación ambiental, el título habilitante obligatorio que sin él, no podrá iniciarse las operaciones de la inversión.

Un segundo elemento que se torna obligatorio es el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, relacionado al aprovechamiento de los recursos naturales. La participación es desarrollar un proceso que involucra a las partes interesadas/afectadas en las iniciativas de desarrollo, a fin de que contribuyan en el proceso de toma de decisiones, en el proceso de implementación de esas decisiones y su rendición, este es un derecho constitucional:

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

Cuadro 6 Marco Legal de Participación Ciudadana en materia ambiental

Leyes Generales	Leyes de Participación en los Sectores
- Ley General del Ambiente - Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental SNGA - Ley del SEIA (DLeg. 1078) y Reglamento (DS 019-2009-MINAM). - DS N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en	Minería D.S N° 028-2008-EM.- Aprueban el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero R.M. N° 304-2008-MEM/DM.- Norma que regula el proceso de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero.
	Electricidad Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales. R.M. N° 535-2004-MEM-DM. Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM/DM.- Aprueban Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades

asuntos ambientales	Eléctricas.
	Hidrocarburos Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos. D.S. N° 012-2008-EM. Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM/DM.- Aprueban Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos

Fuente: elaboración propia

Hay dos elementos que resaltar en la gestión de los recursos naturales. Como se ha señalado, es sectorial, lo que implica que cada regulación de la inversión, tiene reglas especiales para operar los proyectos. En ese sentido, la participación ciudadana tiene la misma característica, es decir, ni todos los mecanismos, ni todos los momentos se desarrollan en la misma forma en cada sector. Generalizando, la participación ciudadana se debe desarrollar en el marco de mejorar la gestión ambiental de las inversiones, en dos niveles, en el primero, en el proceso de planificación (toma de decisiones), y en un segundo momento, en el desarrollo de los proyectos:

1. Antes del otorgamiento del derecho o título habilitante.
2. Durante el desarrollo del EIA.
3. Durante el desarrollo del Proyecto, hasta su finalización: Vigilancia Ciudadana.

En el siguiente cuadro, podremos apreciar que en el sector minero y de electricidad, se utiliza el título habilitante de concesión para otorgar el aprovechamiento del recurso natural, mientras que en hidrocarburos, se utiliza la fórmula del contrato ley. Esta no es la única diferencia, pues la participación ciudadana y sus momentos se repiten en estos tres sectores de inversiones extractivas energéticas, excepto que en minería varía y no se realiza participación ciudadana antes del otorgamiento del derecho, antes de la concesión minera, como si ocurre con hidrocarburos y electricidad, ello debe por política sectorial:

Cuadro 7 Participación ciudadana en sectores extractivos energéticos

Etapas de la Actividad	Inversiones en Minería	Inversiones en Electricidad	Inversiones en Hidrocarburos
Antes de la Concesión o Suscripción del Contrato (talleres)	No hay participación ciudadana.	Participación ciudadana a través de talleres	Talleres realizados por Perupetro S.A.

Durante la aprobación del EIA (talleres y audiencia, etc).	Durante la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (eventos presenciales obligatorios).	Durante la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (eventos presenciales obligatorios).	Durante la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (eventos presenciales obligatorios).
Durante el desarrollo del proyecto (vigilancia ciudadana)	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).	Durante toda la vida del proyecto (comités de vigilancia promovidos por Empresa y población).

Fuente: elaboración propia

Una segunda característica de la participación ciudadana es que existen mecanismos que a mayor complejidad del proyecto, mayor cantidad de estos son útiles o utilizados por el concesionario. Existen tres mecanismos que son utilizados en proyectos de alta complejidad y que sirven de verificación para contrastar que la población local puede participar en el procedimiento administrativo de participación ciudadana y que es condición su realización para aprobación del EIA de proyectos de alta complejidad o alto impacto. Estos son los talleres participativos, las audiencias públicas y el monitoreo y vigilancia ambiental.

3.3.3. INVERSIONES EXTRACTIVAS ENERGÍA INFRAESTRUCTURA

3.3.3.1. INVERSIONES A NIVEL GLOBAL

Actualmente, el mundo y la región viven una recesión económica que se ha expresado en el “race to the bottom”, por la caída de los precios de los metales; expandiéndose a tres tipos de crisis: 1) la precuela de la crisis financiera del 2008, que ha llevado a cuestionar la falta de regulación del crédito financiero y las nuevas modalidades de inversión; 2) la crisis climática, que cuestiona el modelo de desarrollo, la forma de aprovechar los recursos naturales, el consumo ineficiente de la energía y las nulas o pocas acciones para conservar la biodiversidad de nuestro planeta; y 3) la crisis energética, que nos indicaba que en el 2015 comenzará el período de descenso de las reservas fósiles a nivel mundial, por lo que se ejercerá más presión para obtener más fuentes de energía.

Por otro lado, nuestra región soporta una fuerte promoción de las inversiones extractivas y energéticas, que en muchos casos han originado una serie de cuestionamientos relacionados a los impactos ambientales y sociales que dejan, no

obstante ello, los estados latinoamericanos ven estas fuentes como una buena opción para obtener energía⁶⁴.

En este marco, existen dos puntos de tensión en el emprendimiento extractivo energético en la búsqueda de fuentes alternativas a la energía tradicional de los combustibles fósiles: la primera, la banca multilateral, que define la forma de inversión energética bajo la tensión entre los compromisos de cambio climático, el crecimiento de los países de la región y la reforma de sus propios estándares ambientales y sociales, y la segunda, que es la promoción de las inversiones extractivas y energéticas en la Amazonía, con el posible riesgo de generar impactos irreversibles en los sistemas fluviales y ecosistemas.

La banca de desarrollo multilateral como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, otrora líder de las inversiones a nivel global y regional, han comenzado a iniciar procesos de reforma de sus políticas y estándares para tener la capacidad de otorgar financiamiento a los nuevos requerimientos de una región como América Latina, que necesita cada vez más energía para mantener el nivel de crecimiento en la próxima década.

Este proceso de reformas tendrá mucha influencia en el mercado y en las inversiones extractivas y energéticas, especialmente porque se pretende cumplir con los objetivos de reducción de emisiones de gas de efecto invernadero (GEI), con la reducción del financiamiento de combustibles fósiles, el aumento del financiamiento a proyectos de energías renovables y el diseño de criterios para mejorar las prácticas y la eficiencia de las industrias petrolera y gasífera a nivel mundial.

Cuadro 8 Propuestas de contenidos mínimos en las políticas multilaterales relacionadas a fuentes de energía

Procesos de reforma	Contenido Cambio climático	Contenido Energía
Estrategia energética del Banco Mundial (BM)	Financiar conocimiento, tecnología para un desarrollo con bajas emisiones de carbono que incluya mecanismos de eficiencia energética. Promoción de energías renovables de bajo impacto. Reducción de la quema de gases y apoyo normativo, regulador y financiero para disminuir el consumo de combustibles fósiles.	Acceso energético equitativo y sostenible, mejorando la accesibilidad de la energía a los más pobres, con un enfoque en energías renovables y eficiencia energética. Mayor financiamiento a energías renovables de bajo impacto socio ambiental (no grandes represas). Reducir a “0” el financiamiento a inversiones en combustibles fósiles.
Políticas y normas	Monitoreo del cumplimiento de la	Adecuada contabilidad de los

⁶⁴ Por ejemplo, en distintos foros públicos y privados se ha mencionado a la hidroenergía como una fuente atractiva para generar energía eléctrica. Recientemente, se han presentado diversos proyectos en la región en el Hydro Power Summit Latin America, organizado por Business News Americas, Sao Paulo, 25 y 26 de mayo de 2011. Ver también Bertinat et. al. 2008 y Weissman 2010.

de desempeño de la Corporación Financiera Internacional (IFC)	reducción de 100.000 toneladas a 25.000 toneladas de CO ₂ . Eliminación de las compensaciones “offsets” para los proyectos/empresas que se excedan en ello y quieran compensar el exceso de emisiones.	impactos sociales y ambientales en el análisis de las actividades del IFC en materia energética. Transparencia de los contratos, con énfasis en los relacionados a industrias extractivas.
Estrategia de Cambio climático del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)	Medidas de adaptación y mitigación y de promoción de energías renovables. Planificación de un gasto balanceado entre acciones de mitigación y adaptación, procurando responder a las necesidades de mayor urgencia en la región.	Dar prioridad a los proyectos de eficiencia energética y de energías renovables verdaderamente eficientes y limpias, apuntando a eliminar el apoyo financiero a proyectos de combustibles fósiles.

Fuente: Ávila, 2011.

En este proceso de elaboración de políticas, estrategias y estándares de un nuevo sector energético comprometido con el cambio climático se insertan dos principios rectores propuestos por la sociedad civil global para las nuevas estrategias del uso y consumo de la energía⁶⁵:

1. Principio de equidad: priorizar el acceso a la energía eléctrica a los más pobres;
2. Principio de sostenibilidad: privilegiar las energías renovables sobre el financiamiento de proyectos de combustibles fósiles;
3. Principio de rentabilidad: considerar los costos de operación, ambientales y sociales de los proyectos energéticos para tener el verdadero costo de la inversión; y
4. Principio de seguridad: priorizar el mercado nacional a largo y mediano plazo, pensando en el crecimiento económico nacional.

En este sentido, las metas para este período de transición hacia una sociedad más sostenible son, en primer lugar, reducir la dependencia de los combustibles fósiles con un menor financiamiento a estos proyectos y un mayor financiamiento a energías renovables con criterios y metas precisas. Asimismo, la energía producida como electricidad debe ser dirigida a los más pobres, con un equilibrio de otros usos y necesidades como el sector extractivo, pues se ha comprobado la relación causal entre el acceso a la electricidad y la reducción de la pobreza.

⁶⁵ BANK INFORMATION CENTER BIC. “Sustainable Energy for Equitable Development. Contribution to the World Bank Group’s Energy Strategy Review and Development”, en Rosemarie Avila (ed.). *Propuestas de las organizaciones de la sociedad civil latinoamericana para la Síntesis Sectorial Estrategia Energética del Grupo Banco Mundial*. DAR, Lima, 2011, pp. 39-67.

Otro de los problemas que se ha encontrado, es la necesidad de fomentar las fuentes de energías renovables y eficiencia energética⁶⁶, entendiendo como fuentes clásicas la energía solar o eólica y no las que se encuentran en boga por el mercado, especialmente las grandes represas y biocombustibles que pueden generar ciertos impactos ambientales y sociales en ecosistemas sensibles⁶⁷.

En la propuesta de Síntesis de la Nueva Estrategia Energética del Banco Mundial (2009) podemos ver que se aumentarán las inversiones en los proyectos de energía hidroeléctrica y se centrarán en la gestión integrada de recursos hídricos que tengan en cuenta a los distintos consumidores de agua y los objetivos múltiples para gestionarla y regularla⁶⁸. Para el caso de las inversiones en América Latina, este banco priorizaría:

8. Resolver el problema de los cortes de energía eléctrica al financiar la energía hidroeléctrica y la generación, transmisión, distribución y eficiencia energética de la energía renovable.
9. Formular una estrategia para que América mejore la seguridad energética a fin de satisfacer sus necesidades y reducir la vulnerabilidad a la volatilidad del precio del petróleo.
10. Trabajar con los países para racionalizar los esquemas tarifarios y destinar los planes de subvenciones más adecuadamente.

Queda clara entonces, la importancia del impacto de la banca multilateral en el sector eléctrico nacional pues implica la utilización de fondos públicos y la realización de préstamos en el sector, lo que estará guiado por los compromisos de

⁶⁶ Un tema esencial dentro de esta visión hacia una sociedad menos dependiente de los combustibles fósiles es comprender que la eficiencia energética en las actividades económicas y sociales sólo podrá lograrse si existen incentivos para adquirir y transferir tecnología limpia a los países en desarrollo. Para ello, además de contar con un marco político y regulatorio coherente con estos objetivos, es necesario disponer de capacidades institucionales públicas y una gobernabilidad en el sector que no permitan las interferencias de los intereses privados en el desarrollo de estas estrategias por parte del Estado.

⁶⁷ GAMBOA César, "Consulta Previa y Contexto Nacional: un mejor manejo sobre los recursos naturales", *Revista Elecciones* (Lima), vol. 10, n. 11 (2011), pp. 101-2.

⁶⁸ Esto se produciría bajo un modelo público de planificación energética que implicaba: Reforzar el acceso a la energía y abordar el cambio climático, al ampliar la eficiencia energética y las nuevas fuentes de energía renovable (entre ellas, la hidroeléctrica generada en instalaciones de menos de 10 megavatios) en un 20% anual desde el 2003; ayudar a aumentar la capacidad, conservar la energía y lograr una gestión más eficaz de la oferta y la demanda para aumentar la fiabilidad y el acceso. Para lograrlo se tomarán en cuenta todas las opciones: diversificación a distintas fuentes de energía que puedan ser más económicas y destinarse a distintos usos (por ejemplo pequeñas centrales hidroeléctricas); y sobre el cambio climático, se deben tener en cuenta las últimas iniciativas de financiamiento del banco y otros donantes, centrando la atención, siempre que sea posible, en proyectos con bajo nivel de emisiones, especialmente en los nuevos planes sobre energía hidroeléctrica (Banco Mundial, 2009).

cambio climático y la necesidad de reforzar las capacidades públicas para la planificación en el sector eléctrico.

A nivel regional, han pasado diez años de la experiencia de los procesos de integración promovidos por el Brasil –IIRSA antes, ahora UNASUR–, espacios de coordinación regional que permitieron un nivel de integración física entre muchos países de Sudamérica, sin embargo, no han logrado que la transferencia de bienes y servicios permita el desarrollo económico de las regiones, más bien, han traído ciertos impactos ambientales y sociales en ecosistemas frágiles como la Amazonía.

Tanto a nivel nacional como internacional el Banco Nacional de Desarrollo Social BNDES ha sido vital para el financiamiento de estas operaciones. La futura construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte (Brasil) no sería posible sin el financiamiento del BNDES y de la banca privada al consorcio que tiene el derecho de construcción de la hidroeléctrica (la cual ha generado críticas, múltiples suspensiones y hasta medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH)⁶⁹.

En consecuencia, el BNDES ha cumplido y cumple un papel importante en el proceso de apoyo de las operaciones de las inversiones brasileñas en el exterior, inversiones con una tasa de interés del 6% anual que han alimentado a las empresas brasileñas y sus operaciones en el extranjero. El BNDES tiene el 22% de las acciones de Eletrobras y bajo el amparo de la construcción de un “Sistema Regional Interconectado”, y el argumento constitucional de la promoción de la “Integración Sudamericana”⁷⁰, se produce una gran promoción de las inversiones en materia hidroeléctrica en la región.

Podemos señalar que las experiencias del Brasil en la implementación de hidroeléctricas en la Amazonía han generado una serie de reacciones y conflictos sociales y ambientales, que al parecer, no han ido de la mano con un adecuado buen gobierno de la Amazonía⁷¹. En ese sentido, el Perú tiene que tomar en cuenta dichas

⁶⁹ El proyecto hidroeléctrico de Belo Monte en el río Xingú es el proyecto más importante del Programa de Aceleramiento del Crecimiento PAC de Brasil; proyecto cuya capacidad es de 11,233 MW anuales de potencia. Participan empresas privadas como Chesf, Gaia Energía, Queiroz Galvao, J. Malucelli, además de Camargo y Correa, y Odebrecht y es muy posible que BNDES financie el 80% de la construcción y operación. Estudios independientes del EIA señalan los siguientes problemas: dimensionamiento insuficiente del área y población afectada, riesgo de proliferación de enfermedades endémicas, ausencia de análisis de impactos aguas debajo de la central, entre otros. Medidas Cautelares MC-382-10.

⁷⁰ Constitución Federativa del Brasil (1988), en sus principios fundamentales, “Art. 4°. (...) Párrafo Único. La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

⁷¹ CUETO, Vanessa, *Acuerdo para el Suministro de electricidad al Perú y exportación de excedentes al Brasil. Buscando la Gobernanza Energética en el Perú*. Lima: DAR, 2011.

experiencias para lograr una adecuada negociación con el Brasil en relación a las represas, y buscar sobre todo:

1. El análisis social previo de las experiencias en construcción de represas en la Amazonía.
2. Generar condiciones previas de transparencia, planificación, participación ciudadana, en el proceso de diseño, análisis e implementación de acuerdos.
3. Tener claro el rol que jugará el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) en las negociaciones con el Perú, sobre todo teniendo en cuenta que la construcción de hidroeléctricas puede necesitar el apoyo de esta institución y su actual participación en Eletrobras.
4. Es necesario analizar no sólo la falta de gobernabilidad en el Perú sino también en Brasil, dado que genera una serie de problemas ambientales y sociales.
5. Evaluar las críticas relacionadas a la gestión de los recursos hidroeléctricos y el respeto de los derechos humanos posiblemente vulnerados por estas operaciones.

En ese sentido, las metas para este período de transición son, en primer lugar, reducir la dependencia de los combustibles fósiles mediante un menor financiamiento a estos proyectos y un mayor financiamiento a los de energías renovables, con criterios y metas precisas para este último financiamiento. Asimismo, la energía producida como electricidad debe ser dirigida hacia los más pobres, con un menor privilegio al sector extractivo, puesto que se ha comprobado la relación causal entre el acceso a la electricidad y la reducción de la pobreza.

Uno de los problemas que han encontrado la sociedad civil y expertos en temas energéticos, es la necesidad de fomentar las fuentes de energías renovables; entendiendo como fuentes clásicas la energía solar o eólica y no las que se encuentran en boga por el mercado. Es el caso de las grandes represas y biocombustibles, las cuales pueden generar ciertos impactos ambientales y sociales en ecosistemas sensibles.

3.3.3.2. RIO +20 Y VISIONES DE DESARROLLO

Este año se realizó en Río de Janeiro, Brasil, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible conocida como Río+20. Este evento, que se

desarrolló 20 años después de la de la histórica Cumbre para la Tierra celebrada en Río en 1992, giró en torno a 1) el fortalecimiento de los compromisos políticos en favor del desarrollo sostenible; 2) el balance de los avances y las dificultades vinculadas a su implementación y 3) las respuestas a los nuevos desafíos emergentes de la sociedad. En el marco de estos temas, se discutió el concepto de Economía Verde como herramienta para lograr el tan ansiado desarrollo sostenible.

Después de un proceso complejo y de una etapa de negociaciones globales y nacionales sobre una nueva declaración de este importante foro, lo cierto es que las críticas han llovido sobre la asunción de nuevos compromisos ambientales y sociales globales. Se estableció el concepto de “Economía Verde”, como un concepto que pudiera encerrar ciertos cambios en el modelo de desarrollo económico que viene estableciéndose a nivel global. Para Perú, “que cualquier esfuerzo para ambientalizar las políticas económicas (Economía Verde) debe ser coherente y complementario con el paradigma del desarrollo sostenible y que la economía verde es una herramienta más que constituye parte de dicho paradigma”⁷², sin tener con claridad si ese concepto sería incluido en las políticas públicas y si ello significa un traslado conceptual del desarrollo sostenible a la economía verde.

Según el PNUMA⁷³, para transitar hacia una Economía Verde, es necesario que los gobiernos nacionales y los encargados de la formulación de políticas establezcan marcos regulatorios sólidos, priorizar la inversión y el gasto público para impulsar el “enverdecimiento” de los sectores económicos, limitar el gasto estatal en áreas perjudiciales para el capital natural y aplicar impuestos e instrumentos basados en el mercado para promover las inversiones e innovaciones verdes. Esta definición de la economía verde recibió una serie de críticas de la sociedad civil global y nacional relacionados La Economía Verde está basada en el crecimiento económico (mercantilización de la naturaleza)⁷⁴; los incentivos para fomentar la inversión en

⁷² Ministerio del Ambiente del Perú, *Economía Verde. Versión para el debate*, 2012. Ver presentaciones disponibles en <<http://rio20.minam.gob.pe/>>

⁷³ PNUMA, *Hacia una Economía Verde. Guía para el Desarrollo Sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*, 2011. Disponible en Línea en <http://www.unep.org/greeneconomy/Portals/88/documents/ger/GER_synthesis_sp.pdf>.

⁷⁴ GUDYNAS, Eduardo, *El impacto de la mercantilización de la naturaleza en la investigación y la sustentabilidad*, en: Memorias del simposio Internacional “Prioridades de Investigación Científica sobre Recursos Naturales Renovables para el Desarrollo Sostenible”, La Paz, 2003. Disponible en <<http://www.ambiental.net/publicaciones/InvestigacionBiodivGoberLaPaz03.pdf>>; ver también SERRANO MANCILLA, Alfredo y Sergio MARTÍN CARRILLO, *La Economía Verde desde una perspectiva de América Latina*, Julio, 2011. Disponible en Línea en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/08252.pdf>>.

sectores verdes, no toman en cuenta los límites naturales de los recursos⁷⁵ y se repiten los patrones del actual modelo extractivista⁷⁶.

En este contexto, el tema energético juega un rol fundamental en la definición del concepto de Economía Verde y en las críticas al mismo. Debido a que una de los principales ejes de desarrollo de la Economía Verde es, justamente, el tránsito del uso de los recursos no renovables a renovables para conseguir la tan ansiada eficiencia energética. Por ello, el PNUMA recomienda una limitación del gasto público estatal en áreas perjudiciales para el capital natural⁷⁷. Esto significa eliminar los subsidios a aquellas actividades que representan un elevado costo económico y ambiental para los países, como es el caso de la producción de combustibles fósiles. Según el PNUMA, se estima que los subsidios mundiales al consumo de combustibles fósiles ascendieron a 557 mil millones de dólares en 2008 y que los subsidios a la producción representaron 100 mil millones de dólares adicionales. Se entiende que al reducir el costo de los combustibles fósiles, dichos subsidios disuaden a los consumidores y a las empresas de adoptar medidas de eficiencia energética, las cuales serían rentables de no existir tales subsidios. En otras palabras, de no existir los subsidios perversos hacia la producción de combustibles fósiles, las empresas verían como una oportunidad económica, las medidas de eficiencia energética.

Sin embargo, no necesariamente dicha premisa es verdadera. Si bien la eliminación de los subsidios perversos podría traer como consecuencia inversión en sectores verdes, otra posibilidad es que los inversionistas, a pesar de la eliminación de los subsidios a las actividades extractivas de combustibles fósiles, consideren seguir con estas actividades si aún les generan ganancias significativas. Si ello sucede, el modelo extractivista primario exportador de las economías en desarrollo continuaría.

Por otro lado, la inversión en sectores verdes no necesariamente trae consigo el desarrollo, pues el modelo propuesto por el PNUMA no considera a la

⁷⁵ GUDYNAS, Eduardo, *El impacto de la mercantilización de la naturaleza en la investigación y la sustentabilidad*, en: Memorias del simposio Internacional "Prioridades de Investigación Científica sobre Recursos Naturales Renovables para el Desarrollo Sostenible", La Paz, 2003. Disponible en <<http://www.ambiental.net/publicaciones/InvestigacionBiodivGoberLaPaz03.pdf>>.

⁷⁶ BEJARANO, Rodolfo, *La Economía Verde en el Contexto de Río + 20. Introducción al tema desde la Sociedad Civil*. Documento de Trabajo. Disponible en <<http://www.mocicc.org/upload/Documentos/Documentos%20MOCICC/Economia%20Verde%20%281%29.pdf>>.

⁷⁷ PNUMA, *Hacia una Economía Verde. Guía para el Desarrollo Sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*, 2011. Disponible en Línea en <http://www.unep.org/greenconomy/Portals/88/documents/ger/GER_synthesis_sp.pdf>.

redistribución de la riqueza como parte de la estructura de la Economía Verde. Además, no toma en cuenta los límites intrínsecos de la naturaleza, como ya se adelantó.

El cambio en la matriz energética es otro punto importante en la definición de Economía Verde que propone el PNUMA. Sin embargo, algunos de los planteamientos referidos a este tema no hacen más que replicar las formas extractivistas. Algunas de estas amenazas serían⁷⁸: 1) Incursión de transnacionales en nuevos sectores productivos basados en recursos naturales y monopolización de los mercados; 2) El acaparamiento de tierras por parte de grandes empresas con fines de utilizar grandes extensiones para actividades “verdes”; 3) La reconversión de los sectores agricultura, industria y energía en actividades productivas basadas en la biomasa; 4) Desarrollo de mercados financieros basados en recursos naturales, lo que provocaría que los agentes económicos encuentren nuevos espacios para jugar con la especulación (ejemplo, a través de los bonos de carbono); 5) Un mayor endeudamiento de nuestros países con una serie de condicionamientos a cambio de dinero y tecnología; y 6) Exacerbación de los problemas generados por la liberalización de los mercados y por la desventaja en la que nuestros países se encuentran históricamente en las relaciones Norte-Sur.

3.3.3.3. VISIÓN DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y EXTRACCIÓN DE RECURSOS NATURALES

El mundo se prepara para un proceso de transición hacia una economía más sostenible (*Green economy*). Sin embargo, para los países en desarrollo que apuestan por los modelos que dependen de una economía exportadora de materias primas, estos desafíos implican un mayor esfuerzo político e institucional; especialmente, un reto mayor para implementar políticas, programas y planes coherentes.

El gobierno peruano señaló hace más de un lustro actual ha manifestado en foros internacionales sobre cambio climático (Copenhague, Nueva York, Cancún) que son tres las tareas más importantes: la primera, el manejo de los residuos sólidos que se generan en las grandes ciudades del Perú (financiamiento BID JICA); la

⁷⁸ Grupo Impulsor Perú hacia Río+20, *Posición de la Sociedad Civil del Perú más allá de Río+20*, 2012. Disponible en <http://anc.org.pe/upload/files/recursos/Posici%C3%B3n%20de%20la%20Sociedad%20Civil%20del%20PERU.pdf>.

segunda tarea es lograr “Cero deforestación” en bosques tropicales al año 2021 (Programa Conservando Juntos); y, finalmente, la tercera tarea es diversificar matriz energética nacional (Proyecto Numes BID). Estos objetivos políticos loables marcan una pauta para evaluar la política estatal frente a posibles cambios post extractivistas, y también una oportunidad para integrar en un esfuerzo común el cambio de una economía sostenible en la próxima década.

No obstante ello, el Estado sigue moviéndose como si el sector pudiera gobernarse como un “business as usual”, y no con criterios de gobernanza energética. Ello porque, desde un inicio, se observó el poco diálogo intersectorial, la falta de consistencia e integración de políticas –como ha sucedido con la actual Política Energética Nacional, la Política Nacional del Ambiente y la propuesta de Plan Nacional Acción Ambiental–, y los pocos avances en la ejecución de préstamos programáticos relacionados a la diversificación de nuestra matriz energética (Proyecto NUMES, 2009), especialmente porque no existen indicadores de planificación.

Desde el aspecto institucional, tampoco se ha producido una respuesta clara con respecto a la regulación ambiental del aprovechamiento de los recursos naturales. Descontando que hasta la fecha no se ha producido ninguna evaluación ambiental y social estratégica de las políticas sectoriales, ni menos la adecuación de la regulación de la certificación ambiental a lo señalado por el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental; del cual el Ministerio del Ambiente es su ente rector. Es más, esta institución aún no cuenta con las capacidades humanas y técnicas para analizar aleatoriamente los EIA en minería, hidrocarburos, electricidad, etc. Para construir una gobernanza ambiental en nuestro país es necesario contar con una institucionalidad que impulse la planificación, transparencia, participación y rendición de cuentas en el sector extractivo o de infraestructura y el Ministerio del Ambiente aún cuenta con muy poco peso político y con poca claridad para cumplir este reto.

Ello se expresa de manera muy clara en la formulación de las políticas. Más que guiarnos por una crítica a la técnica del lenguaje jurídico, un análisis sencillo y claro de la primera “Política Energética Nacional” que tiene el Perú, es que se ha permitido a través de una flexibilidad interpretativa, mejorar nuestra matriz energética mediante la reducción de la dependencia de los combustibles fósiles; más aún, se acentúa como objetivo la extracción de hidrocarburos bajo parámetros de

“autosuficiencia”, “racionalización” y “asegurar su disponibilidad futura”⁷⁹, sin definir los indicadores para estas metas:

Además de este magro esfuerzo político por presentar un orden en el sector energético e hidrocarburífero, actualmente el Perú ha suscrito dos préstamos programáticos en el sector energético (Proyecto NUMES) y de cambio climático para recibir del BID cerca de 225 millones de dólares en diversificar la matriz energética y promover medidas de adaptación y mitigación climática, relacionadas al fomento de energías renovables e implementar medidas de eficiencia energética en el sector.

En el caso del proyecto NUMES, las tres estrategias principales (estrategias de fomento del uso del gas, hidroeléctricas y biocombustibles) se condicen con el proceso de planificación energética y Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), la cual permitirá que la “Matriz Objetivo” se convierta tanto en un instrumento de planificación (Balance, potencial energético) como en un mecanismo político y jurídico vinculante de las futuras acciones del Estado.

3.3.3.4. CONDICIONANTES DE LA TRANSICIÓN POST EXTRACTIVISTA

Para que nuestro país ingrese a un proceso de transición post extractivista, debe considerarse el tratamiento político y jurídico de ciertos elementos que condicionarán una decisión que permita reducir nuestra dependencia de los hidrocarburos.

Como ya hemos mencionado, debemos solucionar la aplicación de una política energética nacional para vincular el accionar de futuros gobiernos, e impedir que se tomen erradas decisiones sobre nuestros recursos naturales. Así como hace seis años se permitió realizarse el proyecto de exportación del gas de Camisea (Perú LNG), actualmente la posible vigencia del acuerdo energético entre Perú y Brasil (venta de excedente de electricidad), podría, en un mínimo impacto, generar un alza de los precios de electricidad que impida el acceso de los más pobres y que sólo sea posible para el sector privado.

Otro condicionante de la transición es la necesidad de asegurar la primacía del uso del gas a través de la renegociación de los contratos de Camisea (aún está pendiente determinar si las reservas del lote 88 se destinan para la demanda

⁷⁹ Vale comentar que la política energética nacional también señala, como objetivo 7, “Desarrollar la industria del gas natural”, sin considerar el modelo o tipo de industria a beneficiar, sin indicadores y metas que midan los logros de esta política.

nacional). El uso del gas natural a gran escala permitirá mejorar la eficiencia de su uso, así como la industrialización del uso de gas (petroquímicas), y extender la red eléctrica nacional, especialmente en las zonas más pobres del país.

Otro elemento condicionante para la transición es el incentivo del uso de las energías renovables. Pese a ello, tanto a nivel de políticas como a nivel de prácticas públicas y de mercado, no se ha asegurado el incremento de su uso para la próxima década. Por ejemplo, en el año 2010, se ha visto frustrada la subasta de proyectos eólicos, así como la prórroga del “gasohol” para reducir los contaminantes en el uso doméstico y vehicular de los combustibles fósiles. Queda claro que el Estado peruano envía mensajes errados al mercado del gas y petróleo, especialmente a los consumidores y a los incentivos por cambiar el uso de la energía.

Un cuarto condicionante es la promoción de las hidroeléctricas en la Amazonía peruana con el acuerdo energético entre Perú y Brasil y las concesiones temporales otorgadas a empresas brasileñas, que en total sumarán la generación eléctrica de 6.000 MW anuales (Inambari, Pakitzapango, Mainique, Tambo 40 y 60); muchas de estas generaran deforestación, desplazamiento involuntario de población local y pueblos indígenas, así como posiblemente gases de metano, contribuyendo con la generación de los gases de efecto invernadero (Serra, 2010). Es muy posible que estas fuentes impacten en la tarifa de la electricidad y que ello tenga un impacto en el mercado de los hidrocarburos, el cual está condicionado a los precios establecidos del gas natural. La promoción de hidroeléctricas pudiera acelerar la extracción de hidrocarburos para mantener los precios e incentivos legales y del mercado y, evidentemente, retrasar la promoción y uso de otras fuentes de energía (eólicas).

En el Perú hay suficiente potencia hidroeléctrica y eólica para no tener que utilizar los ríos de la Amazonía⁸⁰; sin embargo, aún podemos señalar que la matriz energética del Perú dependerá de la importación del petróleo, el gas del sur andino y la generación de hidroelectricidad.

3.3.3.5. RETOS FUTUROS Y PROPUESTAS DE LA TRANSICIÓN

⁸⁰ Serra, José. *Inambari: La urgencia de una discusión seria y nacional. Pros y contras de un proyecto hidroeléctrico*. Pro Naturaleza. Lima, 2010.

Uno de los elementos necesarios para el sector hidrocarburos en nuestro país es contar con principios para una política post extractiva. Esto significa que las acciones del Estado y del mercado deben ser guiadas por una coherencia de objetivos en las próximas décadas a favor del bienestar de nuestra sociedad y ciudadanos. Estos principios son los siguientes:

CUADRO 9 PRINCIPIOS DE LA TRANSICIÓN POST EXTRACTIVISTA

Principios de política	Contenido de principios de política post extractiva
Principio de Equidad	Proyección de la demanda de energía del país para un coherente desarrollo que pasa por extender la red de energía eléctrica a los más pobres (asegurar su demanda satisfecha).
Principio de Seguridad	Asegurar el horizonte permanente a los 20 años y evitar poner a disposición las reservas para otros mercados (extranjeros).
Principio de Sostenibilidad	Evaluación ambiental y social de los proyectos de combustibles fósiles o que generen GEI.
Principio de Rentabilidad	Sinceramiento o internalización de los costos ambientales y sociales en los proyectos hidrocarburíferos emblemáticos (valorización del patrimonio de los recursos naturales).

Fuente: Elaboración propia

Para la implementación de estos principios en las próximas décadas, especialmente para el sector de hidrocarburos, podemos encontrar desafíos políticos fuera y dentro del sector. Uno de ellos es el necesario proceso de ordenamiento territorial (disposición del uso de la tierra), así como de las propias inversiones.

Un reto que impulsará y justificará un mayor consumo de combustibles fósiles, así como la búsqueda de los mismos, se deberá a la necesidad de superar la crisis energética por la exportación del gas o la posible venta de electricidad al Brasil, y a satisfacer a los nuevos consumidores (proyectos mineros en el sur andino). Para superar ello, además de lograr controlar el uso de nuestros recursos, será pertinente el uso de una planificación energética vinculante con el accionar del Estado; además de evitar comprometernos a la venta de energía a terceros países.

Un segundo desafío será lograr la compatibilidad entre el sector hidrocarburos y las estrategias de conservación de la biodiversidad que plantea el Estado peruano. Existen hasta tres medidas para mejorar la gestión. Recientemente, se ha regulado el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, mediante la cual se establece claramente el carácter obligatorio de realizar estudios de compatibilidad por la autoridad competente (SERNANP) a posibles operaciones hidrocarburíferas en áreas naturales protegidas (DS N° 003-2011-MINAM).

Por otro lado, un instrumento de gestión ambiental importante a implementar es la Evaluación Ambiental Estratégica para medir y resolver los impactos indirectos de la política de hidrocarburos (por ejemplo en el litoral o Amazonía peruana), así como prever estos impactos ambientales y sociales. Si bien es cierto que la principal causa de deforestación de bosques tropicales no son las actividades de hidrocarburos, la lotización de la Amazonía peruana genera impactos sinérgicos, acumulativos y potenciales, que deben tomarse en cuenta desde la gestión de los bosques⁸¹.

Asimismo, será necesaria la revisión del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, por cuanto se han producido una serie de críticas frente al diseño, procedimiento, y aprobación de la certificación ambiental. Los EIA han sido duramente cuestionados porque no cumplen con el fin preventivo, mitigador o reparador de los impactos directos de las operaciones hidrocarburíferas. Mejorar este instrumento, así como la evaluación y fiscalización son requisitos indispensables para mejorar la gestión ambiental del sector. En la actualidad se propone, nuevamente, que el Ministerio del Ambiente sea el que apruebe los EIA a través de la OEFA, aún inoperante⁸².

Un cuarto reto está relacionado a casos específicos de operaciones hidrocarburíferas. En unos años finalizará el boom de las inversiones en la exploración petrolera, y se plantearán dos áreas de explotación focalizada en el Perú: el litoral y la Amazonía peruanos. La primera área puede considerarse de alto riesgo puesto que la contención que el océano puede hacer frente al recurso hidrocarburífero es muy limitada, siendo exponencial el daño causado frente a su contaminación marítima. Sino, tomemos en cuenta el derrame petrolero y la subsiguiente contaminación ambiental ocurrida en el Golfo de México por los pozos de la plataforma “Deepwater Horizon” de la compañía British Petroleum en 2010.

En el caso de la Amazonía peruana, después de reducir las pretensiones exploratorias, será importante considerar dos áreas de explotación de los hidrocarburos. La primera es la Eco región de los bosques húmedos de la cuenca del Napo (aproximadamente cuatro millones de hectáreas), donde se encuentran diversas áreas naturales protegidas de Ecuador, Colombia y Perú. En el caso de nuestro país,

⁸¹ DOUROJEANNI, Marc *et al.* *Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura*. DAR/PRO/SPDA. Lima, 2009.

⁸² LANEGRA, Iván. *El (ausente) Estado Ambiental: Razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Consultores para Decisiones Estratégicas. Lima, 2008; CARHUATOCTO, Henry. *Guía de Legislación Ambiental*. Jurista Editores. Lima, 2010.

las operaciones de hidrocarburos se centrarán en los lotes 39 de Repsol YPF y 67 de la empresa francesa Perenco, superpuestos a la Reserva Nacional de Pucacuro.

En el caso de la segunda área amazónica, se iniciará una segunda etapa de inversiones en exploración y explotación del gas en lo que se conoce como el cinturón gasífero del sur andino, cubriendo áreas ya concesionadas (lotes 88, 56, 57 y 58 de Camisea, lote 76 superpuesto a la Reserva Comunal Amarakaeri) y con interés estatal en promocionarlas (Parque Nacional Bahuaja Sonene y del Manu); pese a que el marco legal no permite operaciones en esta categoría de áreas protegidas.

Alejada está la posibilidad de discutir en Perú una moratoria petrolera en la Amazonía, tal como sucede en Ecuador⁸³ o Bolivia, actualmente. En el caso del Perú, nuestro desafío está relacionado con la consolidación de la reducción de impactos directos e indirectos, ambientales y sociales, de estas operaciones; ya sea por la implementación de mecanismos de mitigación como promoción del desarrollo local alrededor de estas operaciones de enclave. Como se ha venido señalando desde la sociedad civil para el caso del proyecto de Camisea en cuanto a compromisos ambientales, sociales y económicos para el sector de hidrocarburos, recientemente se ha promovido una propuesta de “Programa de Desarrollo y Mitigación de Impactos Directos e Indirectos en la Cuenca del Urubamba (Local, Regional, Nacional)”⁸⁴. En ese sentido, para futuras operaciones de combustibles fósiles de carácter complejo –y que comprenden diversos espacios e involucran actores y esfuerzos institucionales–, es necesario adoptar las siguientes medidas:

1. Planificación del programa de mitigación de impactos e implementación del modelo de desarrollo regional.
2. Evaluación Social y Ambiental Estratégica como instrumento de gestión de programa de hidrocarburos.
3. Establecimiento de una autoridad de coordinación interinstitucional para la gestión de los impactos indirectos y promoción de procesos de desarrollo local, regional y nacional.

⁸³ ACOSTA, Alberto, “¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía!”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez (com.), *ITT – Yasuní entre el petróleo y la vida*. Abya Yala/Universidad Politécnica Salesiana. Quito, 2010.

⁸⁴ Carta de Acción Ciudadana Camisea ACC, el Consejo Machiguenga del Río Urubamba COMARU y otras organizaciones de la Sociedad Civil solicitan al BID que asuma una nueva estrategia socio ambiental frente a una nueva fase del Proyecto Camisea. Ver la carta en http://www.dar.org.pe/documentos/Carta_Proj_Camisea_Ampliacion.pdf

4. Establecimiento de un sistema de monitoreo independiente de la gestión del programa, sobre la base de criterios de gobernabilidad para la evaluación.

3.3.4. RETOS AMBIENTALES DEL EXTRACTIVISMO

Desde distintos marcos conceptuales ha sido difícil considerar un solo modelo de matriz energética. Un modelo permite la planeación, pronóstico y el seguimiento de una hoja de ruta que logre mínimamente satisfacer la demanda nacional de energía con la proyección de una oferta o identificación de los recursos energéticos con que se cuenta a corto (anual), mediano (alrededor de 5 a 10 años) y largo plazo (décadas).

Desde el aspecto institucional tampoco se ha producido una respuesta clara sobre la regulación ambiental del aprovechamiento de los recursos naturales. Para construir un modelo de gobernanza en nuestro país necesitamos contar con una institucionalidad que impulse la planificación, transparencia, participación y rendición de cuentas en el sector extractivo o de infraestructura y la autoridad ambiental no cuenta con el peso político para cumplir este reto.

Tanto el proceso de planificación energética, el marco legal hidroeléctrico, el tipo de modelo hidroeléctrico, así como su uso final en el mercado interno como para la venta de electricidad al exterior (futuro Acuerdo Energético entre Perú y Brasil), así como los posibles proyectos en energía (como por ejemplo hidroeléctricas por encima de los 1.000 metros de altura) son determinantes como decisiones políticas que pueden generar conflictos socioambientales o inconsistencias en función a su viabilidad y el uso de la energía eléctrica.

3.3.4.1. CONSTRUCCIÓN DE LA GOBERNANZA

El concepto de gobernanza energética no es un concepto nuevo, sin embargo, es una noción de gestión pública que permite consolidar el liderazgo del Estado en el aprovechamiento de recursos naturales que producen energía. De esta manera, al aplicar una propuesta metodológica que toma como referente los indicadores de gobernabilidad del Banco Mundial y del World Resources Institute WRI⁸⁵, podremos

⁸⁵ El marco conceptual utilizado es la matriz *Governance of Forests Initiative* o Iniciativa de Gobernanza de los Bosques, mediante la cual se han aplicado los principios de planificación, transparencia, participación, coordinación intersectorial, capacidad de gestión social y ambiental rendición de cuentas. Ver más en http://pdf.wri.org/working_papers/gfi_tenure_indicators_sep09.pdf; asimismo, en World Bank, "A decade of measuring the quality of governance - Governance Matters 2007. Worldwide Governance Indicators 1996-2006".

apreciar con mayor claridad un modelo de gobernanza (un mínimo y preciso estudio de línea base y un marco de efectividad por resultados) que demuestre el impacto real de los cambios políticos, legales y prácticas institucionales, proceso que permite construir una matriz energética guiada por principios de equidad, sostenibilidad, rentabilidad y seguridad energética.

De todas maneras encontraremos distintos modelos metodológicos para definir principios políticos o criterios de buen gobierno en el sector energético⁸⁶, sin embargo, muchos de estos modelos no logran responder a dos difíciles cuestionamientos: el primero, implementar el principio de coherencia entre objetivos de política energética y las prácticas institucionales; y el segundo, el seguimiento o monitoreo del grado de cumplimiento y metas que asegura el modelo de gobernanza.

El modelo de gobernanza requiere un rol activo del Estado en el sector energético. Es reconocida la importancia que el Estado tiene para inducir reglas de buenas prácticas por la vía de la autorregulación en el tema corporativo o financiero⁸⁷. Estas buenas prácticas son más importantes en el tema de gobernanza energética dado que tienen como finalidad asegurar la implementación de medidas para lograr un desarrollo sostenible en el Perú. En consecuencia, para la regulación eléctrica, como con cualquier tipo de inversión, deben establecerse incentivos y sanciones para conducir a las inversiones hacia la consecución de fines y principios establecidos en la política energética nacional.

Otro problema es que no existe un proceso de planificación energética y estamos frente al voluntarismo político o interés corporativo que defiende la premisa mediática de *que a más explotación, más riqueza*, cuestión que no necesariamente es cierta. Más bien, a falta de internalización de costos ambientales y sociales, o evitar la corrupción, estos beneficios económicos podrían ser efímeros. Un tercer problema, aunado a la falta de planificación, es la ausencia de un balance energético aplicable que permita identificar nuestra demanda y reservas para un uso más eficiente, sostenible y equitativo de la energía. Un último elemento necesario de entender es el cambio gradual de la matriz energética asegurando un equilibrio entre las fuentes y el uso.

⁸⁶ CHIRI, Adolfo. "La problemática de la seguridad energética" en: A. Chiri y Jaime Luyo eds., *La Seguridad Energética. Un Reto para el Perú en el Siglo XXI*. Lima: Colegio de Ingenieros del Perú, 2008, pp. 11-7; Luyo 2008: 282-96

⁸⁷ CASTILLA, L. y Manzano, O. eds. *Desafíos financieros y macroeconómicos en América Latina*. Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2011, p. 265.

En el caso de Camisea, hace unos años atrás, el Ministerio de Energía y Minas decidió de manera equivocada, permitir la exportación del gas (Perú LNG) al errar con la proyección de la demanda nacional de consumo de gas natural en los próximos 20 años.

Queda claro que algunos hechos y procesos políticos de otorgamiento de derechos, como en el caso de Camisea, la aprobación del Acuerdo Energético entre Perú Brasil, la viabilidad del proyecto hidroeléctrico de Inambari, etc., condicionarán la definición de una política coherente en la diversificación de las fuentes del uso de la energía (gas natural, hidroeléctricas), quebrar la dependencia de la importación del petróleo y promover el uso de las energías renovables en nuestro país. Así, el reto de una nueva gobernabilidad energética sólo podrá lograrse si nos planteamos retos viables, medibles y con precisos resultados que aseguren cambios a corto y largo plazo. Algunos posibles principios rectores serían los siguientes:

1. La necesidad de una planificación energética a nivel nacional: priorizar la demanda nacional y evaluar la rentabilidad social y ambiental de los proyectos.
2. La necesidad de implementar mecanismos de transparencia para evitar los vicios del *business as usual* (evitar la corrupción como en el "Caso Petroaudios").
3. La revisión y actualización de la legislación social y ambiental del sector energético y especialmente eléctrico (mejorar los estándares ambientales y sociales para estudios de compatibilidad, los Estudios de Impacto Ambiental e implementar la Evaluación Ambiental Estratégica).
4. Mejorar los mecanismos de participación ciudadana e implementar los procesos de consulta para los pueblos indígenas.
5. Establecer criterios de rendición de cuentas en función a un marco de efectividad por resultados, metas e indicadores que comprueben el logro de las inversiones en hidroeléctricas.

3.3.4.2. UNA POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL VINCULANTE

Como hemos señalado, el mundo se prepara para un proceso de transición hacia una economía más sostenible. Sin embargo, para los países en desarrollo que apuestan por los modelos que dependen de una economía exportadora de materias primas, estos desafíos implican un mayor esfuerzo político e institucional;

especialmente, un reto mayor para implementar políticas, programas y planes coherentes y relativos al modelo de desarrollo.

El anterior gobierno manifestó en foros internacionales (Copenhague, Nueva York, Cancún) que son tres las tareas más importantes: la primera, el manejo de los residuos sólidos que se generan en las grandes ciudades del Perú (con el apoyo de agencias del BID y JICA); la segunda tarea es lograr “Cero deforestación” en los bosques tropicales al año 2021 (Programa Conservando Juntos); y, finalmente, la tercera tarea es diversificar la matriz energética nacional (Proyecto NUMES del BID). Estos objetivos políticos marcan una pauta para evaluar la política estatal frente a posibles cambios en la búsqueda de fuentes de energía y en su uso, y también una oportunidad para integrar en un esfuerzo común el cambio de una economía sostenible en la próxima década.

No obstante ello, el Estado sigue moviéndose como si el sector energético pudiera gobernarse bajo el enfoque de “*business as usual*”, y no con criterios de gobernanza energética. Ello porque, desde un inicio, se observó el poco diálogo intersectorial, la falta de consistencia e integración de políticas –como ha sucedido con la Política Energética Nacional, la Política Nacional del Ambiente y el Plan Nacional de Acción Ambiental–, y los pocos avances en la ejecución de préstamos programáticos relacionados a la diversificación de nuestra matriz energética (Proyecto NUMES, 2009), especialmente porque no existen indicadores en la ejecución de instrumentos de planificación.

Lo descrito se expresa de manera muy clara en la formulación de las políticas. Más que guiarnos por una crítica a la técnica del lenguaje jurídico, un análisis sencillo y claro de la primera “Política Energética Nacional 2010 - 2040” (Decreto Supremo N° 064-2010-EM), se ha permitido a través de una flexibilidad interpretativa, una imprecisión de metas que deberían buscar la reducción de nuestra dependencia de los combustibles fósiles; más aún, se acentúa como objetivo la extracción de recursos bajo parámetros de “autosuficiencia”, “racionalización” y “asegurar su disponibilidad futura”,⁸⁸ sin definir los indicadores para estas metas.

En cuanto a lograr bajas emisiones de carbono, la política energética sólo menciona el impulso al uso de energías limpias –ojalá que se entiendan como energías renovables–, pues con objetivos tan amplios, poco precisos o demasiado

⁸⁸ Vale comentar que la política energética nacional también señala, como objetivo 7, “Desarrollar la industria del gas natural”, sin considerar el modelo o tipo de industria a beneficiar, sin indicadores y metas que midan los logros de esta política.

vagos y sin indicadores ni metas con los que podamos medir los avances y resultados finales, queda a la interpretación de la autoridad de turno la aplicación de estas políticas o la justificación de medidas que no cumplirían con una política energética más sostenible y equitativa.

Lo que queda claro es que este conjunto de principios deberá ser completado con un marco de efectividad por resultados. La mención expresa sobre la priorización de la construcción de hidroeléctricas eficientes como base de la electrificación nacional en uno de los lineamientos de política del Objetivo 1 “Contar con una matriz energética diversificada, con énfasis en las fuentes renovables y la eficiencia energética”, no menciona la forma y el tipo de central hidroeléctrica.

Además de este magro esfuerzo político por presentar un orden en el sector energético, el Perú actualmente ha suscrito tres préstamos programáticos (Proyecto NUMES de US\$ 200 millones de dólares) y está en diseño un cuarto préstamo por la suma de US\$ 30 millones de dólares adicionales, con lo cual se estarían desembolsando US\$ 230 millones de dólares para este proyecto. Asimismo, en relación al cambio climático se está destinando con apoyo del BID, alrededor de US\$ 70 millones de dólares para diversificar la matriz energética y promover medidas de adaptación y mitigación climática relacionadas al fomento de energías renovables e implementar medidas de eficiencia energética en el sector.

En el caso del proyecto NUMES, las tres estrategias principales (estrategias de fomento del uso del gas, de hidroeléctricas y de biocombustibles) deben integrarse al proceso de planificación energética y de implementación de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), esto permitirá que la “Matriz Objetivo” (instrumento de planificación) se convierta tanto en un proceso-instrumento (Balance, potencial energético) como en un mecanismo obligatorio a nivel político y jurídico, vinculante para las futuras acciones del Estado.

Tanto en el gobierno de Alberto Fujimori como en el de Alejandro Toledo, se mencionaba que uno de los objetivos de la política energética nacional era tener una tarifa baja de precios de electricidad, y lograr que la satisfacción de la demanda nacional de energía sea satisfecha con una “diversificación de la matriz” en un 33% de petróleo, 33% de gas natural y derivados; y 34% de energía hidroeléctrica, un equilibrio que podría asegurar nuestra matriz, pero que no es necesariamente sostenible o viable.

La recomendación más concreta para construir una política energética nacional es que debemos contar con instrumentos de planificación y evaluación de las fuentes, opciones combinadas y uso de la energía en las próximas décadas, que tengan un carácter vinculante para los subsiguientes gobiernos. Esta construcción debe ser permanente y debe extender un análisis constante del Balance Energético Eléctrico e integrar los planes referenciales de hidrocarburos en un solo instrumento de planificación.

Cuadro 10 Objetivos y medidas mínimas de gobernanza energética

Objetivos de la gobernabilidad	Propuestas de implementación de principios políticos energéticos
Planificación	Planificar el sector energético y fortalecer de capacidades públicas.
Propuesta de balance energético	Elaborar un nuevo balance energético: hidrocarburos (33%), hidroeléctricas (33%) y energías renovables (33%).
Coherencia de fines	Implementar medidas que desincentiven proyectos fósiles.
	Fomento en el mercado del uso de energías renovables.
	Masificar el consumo del gas natural.
	Adecuar la actividad de hidrocarburos e hidroeléctricas, la conservación de la biodiversidad y protección de derechos.
Aplicación de mecanismos	Implementar la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) para la política energética y de aplicación subnacional (regional).
	Evaluar la integración energética regional, y evitar nueva dependencia energética.
	Implementar medidas de adaptación: eficiencia energética en sector hidrocarburos e hidroeléctricas.

Fuente: Gamboa 2011.

Desde la década de los setenta, se han producido estudios para identificar el potencial hidroeléctrico del Perú. Al estudio de la GTZ, se adicionó uno para identificar el potencial de la cuenca del Marañón. Recientemente el Banco Mundial elaboró el reporte “El Desarrollo Hidroeléctrico en el Perú” (Banco Mundial 2010), asimismo, se ha elaborado en el sector un Atlas de hidroeléctricas de menos 100 MW.

No obstante ello, el gobierno peruano realiza proyecciones de la demanda y la oferta del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional al 2019, esto permite identificar cuáles son los proyectos que serían necesarios o deberían satisfacer la demanda nacional, especialmente de actividades extractivas mineras.

Desafortunadamente estas proyecciones no tienen un carácter vinculante para todas las prácticas y decisiones políticas institucionales del sector energético, pues no cuentan con verificadores, metas y resultados, así como esquemas de gobernanza y rendición de cuentas, por lo que la autoridad se desplaza con total discrecionalidad por la aplicación de estos referenciales instrumentos de planificación.

La función de planificación no es parte del proceso político de toma decisiones del sector energético. Una muestra de ello es el Proyecto NUMES. En el siguiente cuadro, vemos los escenarios conservador, moderado y optimista del crecimiento económico manifestado por el crecimiento de la demanda nacional en los próximos 20 años, por lo que necesitaremos más fuentes de energía si es que crecemos al 6% del PBI en un escenario moderado, también necesitaremos alrededor de 8.000 MW anuales al 2017, por lo que deberíamos incorporar más fuentes de energía hidroeléctrica en nuestra matriz.

Esta proyección no representa un beneficio directo necesariamente para los consumidores de energía de la zona o para ampliar la red electrificación rural del sur andino, todo lo contrario, tendrá como fin prioritario el de satisfacer la demanda de energía del modelo primario exportador nacional o para la exportación al Brasil. Si leemos que en enero del 2011, el 44% de la generación eléctrica fue consumida por usuarios del mercado libre (1.158 GWH), mientras que el 56% fue consumido por el usuarios del mercado regulado (1.455 GWH), la tendencia del consumo de energía estará compuesta por el sector minero y metalúrgico, es decir, extractivo, por lo que se hace necesario implementar la sostenibilidad y el principio de equidad en el uso de las fuentes de energía.

4. MARCO CONCEPTUAL

El Constitucionalismos Multicultural es el campo en el que se desenvuelve la presente investigación y la cual buscará desarrollar su análisis en la Constitución de 1993 y de la legislación supra e infraconstitucional. El reconocimiento de los pueblos indígenas, como sujetos de derecho internacional y del derecho constitucional ha sido un proceso lento. Según Tibán, “es difícil definir el concepto de pueblos indígenas, a pesar de lo estipulado en el artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT; sin embargo, ya sea como grupos nacionales o étnicos o profundizando en el concepto de pueblo, indio u originario”⁸⁹, es decir, se está intentado de determinar a un sujeto histórico colectivo presente en el Constitucionalismo Latinoamericano. Asimismo, según Kymlicka, “esta teoría nos permitirá conocer el contenido de los

⁸⁹ TIBÁN, Lourdes, *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001, p. 30.

derechos colectivos de los pueblos indígenas y las distintas propuestas doctrinarias de positivación y conceptualización”⁹⁰, comparándolas con la Constitución de 1993.

Según el jurista ecuatoriano Trujillo, un esbozo dogmático jurídico del “contenido de los derechos de los pueblos indígenas nos arrojará diversos derechos como el derecho colectivo a gozar de una identidad o el derecho colectivo a gozar de una capacidad jurídica”⁹¹; mientras que la jurista ecuatoriana Lourdes Tibán señala que “uno de los derechos específicos como el derecho colectivo territorial (derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales, a su administración y aprovechamiento)”⁹². Este marco conceptual es útil para identificar el grado de coherencia jurídica entre el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional derecho por derecho.

4.1. NOCIÓN GENERAL DE PUEBLOS INDÍGENAS

El problema de la subjetividad de los pueblos indígenas en el campo normativo ha devenido en una situación gravitante por cuanto la norma que reconoce sus derechos puede emplear términos que no corresponden claramente a estos sujetos de derecho, tornando en ineficaz o limitando el ejercicio de los mismos.

Esto ocurre también con el propio término de “pueblos indígenas”, “comunidades nativas”, “comunidades campesinas”, “pueblos originarios”, “pueblos indígenas en aislamiento”, “pueblos indígenas en contacto inicial” y “población local”, es decir, pese a la evolución histórica de cada término, el problema radica en la situación que cada uno de ellos puede emplearse para restringir los derechos de los pueblos indígenas. Pensar restrictivamente que los pueblos indígenas en Perú se les aplican el derecho señalado en el régimen legal de comunidades campesinas y nativas, es ciertamente contrario a una interpretación extensiva de los derechos humanos.

Asimismo, esta eclosión de términos demuestra también una visión múltiple con respecto a la subjetividad de los pueblos indígenas. En ese sentido, pasaremos a desarrollar los siguientes conceptos para clarificar la subjetividad de los pueblos

⁹⁰ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 61.

⁹¹ TRUJILLO, Julio César *et al.*, *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2001, p. 33.

⁹² TIBÁN, Lourdes, *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001, p. 79.

indígenas desde el ámbito internacional y nacional, pues la situación jurídica de identificación del sujeto de derecho “pueblo indígena” tiene diferente tratamiento en uno u otro campo jurídico.

4.1.1. CONCEPTO HOMOGENIZADOR DE DIMENSIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), define a los pueblos indígenas o el ser indígena (art. 1, inc. 1.b., 2) como los pueblos que descienden de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o del establecimiento de las fronteras actuales y que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Asimismo, es necesario que se auto reconozcan como tales, elemento indispensable de su identidad.

Por otro lado, el ex Relator de Naciones Unidas para derechos de los pueblos indígenas, Stavenhagen, definía que:

“los pueblos indígenas son aquellos grupos humanos que pueden considerarse descendientes de los pobladores originales de América, antes de la invasión europea, que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional”⁹³.

En consecuencia, los pueblos indígenas son grupos sociales que se reconocen como tales, un sujeto de derechos colectivos y los ejercen de acuerdo a la normatividad especializada y en forma integral y complementaria con sus usos y costumbres. Asimismo, debe señalarse que existen tanto pueblos indígenas que mantienen contacto con la sociedad nacional como son las comunidades campesinas y nativas o las que se encuentran en vías de regularización o formalización, y los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

El literal a), del artículo 2° de la Ley N° 28736 define a los pueblos indígenas de la siguiente manera:

“Artículo 2°.- Definiciones.

Para efectos de la presente Ley se consideran:

⁹³ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los Derechos Indígenas: Algunos Problemas Conceptuales”, en AA. VV., *Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*, Quito, Nueva Sociedad, 1996, p. 151.

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

Los elementos para definir a los pueblos indígenas de manera general desde los hechos y desde el campo jurídico son los siguientes:

1. Auto reconocimiento de su identidad indígena;
2. Mantienen una cultura propia;
3. Derecho y hecho de posesión de un área determinada;
4. Forman parte del Estado peruano; y,
5. Se regulan por la Constitución.

Tomando en cuenta las fuentes legales y doctrinarias, estas características pueden variar de país a país, de legislación en legislación. Vale la pena recordar la labor legislativa de la ley de Consulta Previa o del Régimen Especial de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial, donde se eliminaron varios elementos conceptuales que propinaban una fórmula legal más completa de una protección eficaz a los pueblos indígenas. En un primer momento, la eliminación del concepto de “espacio territorial” remplazado por el derecho de posesión de un área determinada no es profundamente contradictoria por cuanto los alcances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que el derecho de propiedad se asegura y prueba a través de la posesión histórica o ancestral de estos pueblos. Quizás se interpreten restrictivamente los alcances de los derechos territoriales por cuanto se señalaría que expresamente no se reconoce un derecho a los territorios ancestrales, sin embargo, ello no sería así porque el derecho de posesión entendido en la forma clásica puede ser restrictivo, mientras que el derecho especial de posesión de los pueblos indígenas puede ser entendido desde su lógica de relación y vínculo con la tierra, la naturaleza, los recursos naturales. Asimismo, este derecho ya ha sido reconocido cuando el Estado peruano ha suscrito el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto en sus artículos 13, 14 y 15 reconocen derechos territoriales a los pueblos indígenas.

4.1.2. CONCEPTOS DE DIMENSIÓN NACIONAL

No obstante, hay muchas y más dudas no resueltas desde el lado jurídico y social en la relación de los pueblos indígenas con el Estado peruano. Esta es una cuestión irresuelta por cuanto amerita mucho más profundidad ya que cuestiona al Estado y su proyección de nación política como tal. Es así que tratando de precisar la interacción entre pueblos y nación, entre ambos conceptos y Estado, es necesario determinar en un marco legal claro y preciso la relación de poder y facultades reconocidas a estos pueblos con respecto a su relación con la tierra, territorios ancestrales y recursos naturales.

En el derecho nacional, no existe un concepto o término jurídico uniforme con respecto a la identificación del sujeto de derecho “pueblo indígena”. En todo caso, existe una pluralidad de términos y sujetos colectivos a los cuales puede identificárseles como pueblos indígenas. Esta multiplicidad de conceptos también es recogida por la legislación nacional, tanto que la legislación actual menciona a los pueblos indígenas como sujetos de derecho (la Ley N° 27818, sobre educación bilingüe intercultural; la Ley N° 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos de 2002; la Ley N° 27818 sobre Educación Bilingüe Intercultural del año 2002 y la Ley N° 28044 o Ley General de Educación de 2003 en sus artículos 18° y 20°), como otros términos jurídicos que pasamos a detallar a continuación:

1. **Pueblos Originarios.** Con este término se le conoce a los pueblos indígenas en muchas legislaciones latinoamericanas. Expresa una característica particular de estos grupos sociales como los primeros pueblos en habitar un lugar y tener conciencia o autodeterminación de un pasado y un destino común. Esta característica, a la par que los define, le otorgaría una condición especial para el ejercicio de ciertos derechos en sus “territorios ancestrales” (deducido del concepto del Convenio N° 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú de 1993:

“**Artículo 191°.-** Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

(...)

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y **pueblos originarios** en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales”.

Hacen referencia a esta acepción la Constitución de 1993 (art. 191º) y las Leyes N° 27683 (art. 12º) y la Ley N° 27734 (art. 10º) sobre elecciones regionales y municipales.

2. **Comunidades Nativas y Campesinas.** Así son conocidos los pueblos indígenas en el Perú que mantienen una relación jurídica con la sociedad mayor o el Estado peruano. Este es el régimen legal en Perú que reconoce la organización social, jurídica y económica de un grupo social que pueda o no reconocerse como pueblos “indígenas” andinos y amazónicos en personas jurídicas “sui generis”, compuestas por miembros de pueblos indígenas originarios de los Andes y la Amazonía Peruana. Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones socio culturales reconocidas como personas jurídicas singulares, mantienen relaciones ancestrales, sociales, económicas y culturales expresadas en la propiedad comunal de la tierra cuya finalidad, sin fines de lucro, es el “aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”. Hacen referencia el Art. 134º del Código Civil, también ver Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656, de 1987. Algunos antecedentes de estas acepciones se encuentran para “comunidades campesinas” en la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716), y para “comunidades nativas” en selva y ceja de selva (Decreto Ley N° 20653), recogidas en las Constituciones de 1979 y 1993.
3. **Población Local.** Es cualquier conjunto de personas en un espacio geográfico reducido, es decir, que habitan en espacios locales reconocidos histórica, social y jurídicamente (asentamientos humanos, barrios, caseríos, parroquias, municipios distritales, etc.) y a través del cual, por la cercanía, interactúan con diversos ámbitos de conservación. En todo caso, la subjetividad del pueblo indígena se diluye cuando una comunidad nativa o campesina puede ser reconocida como parte de la población local, por ejemplo, cuando se encuentra adyacente a un área natural protegida, por ejemplo, la cual es “beneficiada” por las Reservas Comunes.
4. **Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial.** En el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas aún no se ha establecido una definición a favor de estos pueblos; algunos los llaman pueblos indígenas móviles o altamente vulnerables. Estos pueblos indígenas son también conocidos

como “pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario”, “pueblos ocultos”, “pueblos no contactados”, “pueblos silvícolas”, entre otros. Otros se encuentran en “situación de contacto inicial”.

4.2. NOCIÓN GENERAL DE DERECHOS “COLECTIVOS”

Es necesario explicar cómo este marco ideológico se ha manifestado, como *fundamento dikeológico*, en el carácter dogmático jurídico de los derechos humanos colectivos. Ciertamente, el estudio actual de los derechos humanos es una de las ramas de la “ciencia jurídica” más productiva y etérea. La filosofía del derecho se ha dedicado al estudio de la legitimación y de la definición de estos derechos, con resultados tan diversos como teorías, métodos, e ideologías han sido empleadas para ello.

Sin embargo, desde la naturaleza jurídica de los derechos humanos, queda claro que todos estos derechos mantienen una similitud: todos son complementarios al tener una estructura lógica jurídica “construida” sobre la base de los “derechos subjetivos”. Es decir, tanto el fundamento individualista de los derechos humanos, como la naturaleza jurídica similar de los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales, “primera” y “segunda” generación, mantienen, al parecer, y después de largas discusiones doctrinarias, en la dogmática jurídica y en el positivismo normativo, una estructura lógica similar.

4.2.1. DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos individuales se deben definir a la luz del concepto civilista de derecho subjetivo. El derecho subjetivo es la facultad de obrar con la finalidad de satisfacer un interés individual y la herramienta jurídico social de protección de *la autonomía privada*; fundamentos del positivismo jurídico y del neoliberalismo político que cuestionan los derechos humanos colectivos.

Existe una serie de derechos de los que gozan los derechos de los pueblos indígenas. Los miembros de estos pueblos gozan derechos individuales como cualquier persona de la sociedad. Entre estos derechos, señalamos los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales. En realidad, los derechos individuales son los derechos humanos de primera generación (derechos

fundamentales) y los de segunda generación (libertades públicas) en la forma que se reconozcan y protegen ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos (Estado) deben otorgar o facilitar a los individuos. Los derechos individuales son las facultades señaladas a todos los seres humanos reconocidas por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad recae en los individuos, al igual que su ejercicio. Dependiendo del sistema jurídico, estos tienen distintos términos (derechos humanos en el derecho internacional; derechos fundamentales en el derecho constitucional, derechos ciudadanos en el derecho civil, etc). Hemos señalado que “la importancia radical de definir esta noción de derechos individuales es distinguirlo del ejercicio de las facultades colectivas de los pueblos indígenas”⁹⁴.

4.2.2. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En estos últimos años ha surgido una “tercera generación” de los derechos humanos. Son derechos heterogéneos como el derecho a la libertad informática, a morir con dignidad, al cambio de sexo, un derecho al aborto libre y gratuito, o las garantías frente a la manipulación genética. Otro grupo de derechos nuevos (“colectivos”), según Massini son:

“(…) el derecho a la paz, a un medio ambiente, a la calidad de vida, a un desarrollo armonioso de las culturas, al desarrollo y a vivir en democracia, el derecho de las minorías étnicas, a la capacidad de la humanidad como el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad”⁹⁵.

Las variadas críticas arrecian contra los nuevos derechos humanos, especialmente desde el positivismo jurídico y del liberalismo político. Ya sea por trivialización de los derechos humanos de titularidad individual, por la “imprecisión” y la atomización de estos derechos, por su insostenibilidad jurídica, por mantener una naturaleza jurídica distinta a los precedentes, por sustentarse en valores “antiliberales”, por la posibilidad de su manipulación política o porque no están positivizados, “los derechos colectivos parecen ser una revolución a la noción de los derechos humanos y al sistema jurídico liberal”.

⁹⁴ GAMBOA, César, “Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina (CAN)”, en autores varios, *Aportes andinos sobre derechos humanos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / COSUDE / Unión Europea / Ediciones Abya Yala, 2005, p. 17.

Es a partir de la conceptualización de un cierto grupo de estos “nuevos” derechos humanos, conocidos como “derechos colectivos”, que se empezó a cuestionar la naturaleza jurídica de los derechos humanos como derechos subjetivos. La aparición de estos nuevos derechos colectivos se debe a la explosión o expansión de la noción jurídica de “sujeto de derecho”, noción a través de la cual se puede tutelar varios centros de imputación con derechos y deberes. Estos centros de imputación pueden representar colectividades que reclaman una protección jurídica mediante *los derechos humanos*.

Para Fernández Sessarego, “la fundamentación dogmática jurídica de la noción de sujeto de derecho se produce por el cambio de la construcción tradicional de los derechos subjetivos, como derechos absolutos, al de situaciones jurídicas subjetivas en las cuales confluye, al lado del interés existencial, la presencia de un interés social”⁹⁶, y de un interés colectivo-cultural. Este cambio o sustitución ideológica del individualismo de los derechos humanos, apoyado sobre los valores “libertad” e “igualdad”, por la visión coexistencial del ser humano, sustentado en los valores “solidaridad” e “identidad colectiva”, es el nuevo objeto de debate de los derechos humanos.

En consecuencia, la noción de sujeto de derecho amplía la titularidad de facultades y deberes a una multiplicidad de entes sociales y culturales, individuales o colectivos (titularidad colectiva). A pesar de que puede traer ciertos inconvenientes en la dogmática jurídica por la yuxtaposición de sujetos –crítica planteada por el liberalismo político y el positivismo jurídico, lo cual hace necesario una clara visión política nacional, regional e internacional-, la solución que expone la noción sujeto de derecho sobre las reivindicaciones de sujetos colectivos, como son los pueblos indígenas, frente al planteamiento clásico reduccionista del “subjetivismo” de los derechos humanos, es más que positiva.

Estos derechos plantean una crítica abierta al sistema democrático, especialmente a su cultura societaria asimilacionista y a la ineficacia de derechos individuales para tutelar intereses de grupos. Además, Torbisco señala que “se recurre a los derechos colectivos como institución normativa que garantizaría el

⁹⁵ MASSINI, Carlos, *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 270.

⁹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, Universidad de Lima, 1990, p. 391.

desarrollo de la identidad e instituciones culturales de distintos grupos culturales”⁹⁷. Es decir, por una serie de sucesos históricos se comenzó a tomar relevancia jurídica la entidad colectiva mediante el “reconocimiento del otro”, el derecho a la diferencia, el pluralismo democrático, la multiplicidad de sujetos colectivos, la diversidad de identidades culturales. Este reconocimiento de una pluralidad de identidades colectivas se ha desplazado al campo de los derechos humanos, con distintas propuestas, mediante los derechos colectivos.

En ese sentido, los pueblos indígenas como una nueva categoría de sujeto de derecho internacional y nacional tienen derechos colectivos que sólo a ellos les facultan a realizar ciertos actos. No significa que sean el único sujeto colectivo, sino que dada la situación histórica de explotación y despojo que han vivido al ser pueblos que existieron antes de la constitución de los Estados contemporáneos, como ocurre con los Estados decimonónicos latinoamericanos, y por mantener una unidad o identidad de grupo y reclamarla para sí, se le ha reconocido ciertos derechos especiales en nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.3. DERECHOS COLECTIVOS COMO DERECHOS ESPECIALES

La crítica liberal al comunitarismo se ha centrado en la ausencia de una conceptualización clara de los presupuestos comunitaristas, como es la identificación de los grupos comunitarios y, por supuesto, de una definición clara del concepto de derecho colectivo. Sin embargo, los “liberales comunitaristas” han desarrollado los derechos colectivos con un concepto propio para atender una realidad determinada (“desventaja de elección”) diferenciando dos tipos de derechos colectivos: derechos de grupo (“derechos comunitarios”) y derechos individuales de origen colectivo. Entonces, tomando como un presupuesto dado la distinción entre los derechos colectivos “sociales” con los “culturales”, se identificará la titularidad de los derechos colectivos y su ejercicio según los liberales comunitaristas.

Kymlicka considera dos tipos de acciones o dos formas de ejercer los derechos colectivos de grupos culturales, sin distinguir, en un primer momento, el ejercicio del derecho por un sujeto colectivo o por un miembro de este colectivo: restricciones internas y protecciones externas. Nos señala que:

⁹⁷ TORBISCO CASALS, Neus, *Minorías Culturales y Derechos Colectivos: Un Enfoque Liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 7.

“(…) la primera reivindica un poder de la comunidad étnica o nacional a ser ejercida sobre sus propios miembros contra el disenso interno (derechos de grupo, esencialmente) y la segunda implica una protección o exigencia contra la cultura societaria imperante, es decir, actos que pueden ser ejercidos por un sujeto colectivo o un miembro de este”⁹⁸.

Así, la noción de derechos colectivos como “derechos especiales” generaliza la titularidad de los derechos colectivos y extiende el alcance de los intereses de estos para después adaptar -reducir, en la propuesta de Kymlicka- ciertos derechos al sistema social liberal. Dicho de otra manera, los derechos colectivos son:

“(…) derechos diferenciados de individuos pertenecientes a otra identidad cultural en una situación especial de desventaja de elecciones (...) pues se produce un menoscabo en la posibilidad de una titularidad colectiva plena en cuanto se le niega un interés autónomo y su ejercicio”⁹⁹.

En consecuencia, es claro que la titularidad del derecho recae en la colectividad, sin embargo, esta titularidad solo puede ser ejercida por el individuo de esa comunidad o mediante la acción organizada e instrumentalizada de la comunidad que busca el interés del individuo de esa comunidad. Lo interesante de la posición de Kymlicka es que permite observar como el liberalismo absorbe el planteamiento comunitario-multicultural para ser compatible con la visión dikeológica.

Para el filósofo mexicano, Leon Olivé, “los derechos humanos serán los mínimos éticos o límites con los cuales entrara en conflicto las restricciones internas de la comunidad y por las cuales se optará por no considerar a estas reivindicaciones como derechos humanos colectivos -derechos de grupo-”¹⁰⁰, y menos a sujetos colectivos como los pueblos indígenas que cuando administren justicia, no puedan aplicar sanciones

4.2.4. DERECHOS COLECTIVOS COMO BIENES PÚBLICOS

La idea de los derechos colectivos como bienes públicos proviene del filósofo político Joseph Raz, el cual los define como un conjunto de intereses individuales convergentes. Es decir, desde esta pretensión liberal, los intereses individuales

⁹⁸ KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 58.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 140-4.

¹⁰⁰ OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y Pluralismo*, México, Paidós / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 93.

convergen en un interés o “bien común” que ponderado socialmente (cualidad) o por la cantidad de intereses individuales que tutela (la cantidad), se torna en derechos colectivos. Raz está refiriéndose a:

“(...) intereses compartidos entre individuos, que no pueden reducirse a bienes o intereses individuales (como la tolerancia, solidaridad, educación); así, la cultura, u otros bienes relevantes en la sociedad, es convertida en derecho colectivo para el beneficio del bien común y de la *buena sociedad*”¹⁰¹.

La posición de Raz clarifica, en cierto modo, una adaptación reduccionista de los derechos colectivos al modelo liberal de sociedad. El bien común, como objeto o interés social de convergencia de voluntades individuales que no conforma un sujeto distinto al individuo sino un objeto o instrumento de lo “social”, no es más que una simplificación de la realidad y del carácter contradictorio de los intereses comunitarios e individuales. Así, a falta de una conceptualización de lo colectivo, Raz lo define como lo “intrínsecamente valioso” que recae en la voluntad de los individuos. Raz se queda más cerca de los postulados clásicos liberales que del liberalismo comunitarista de Kymlicka.

4.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

4.3.1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Es claro que la titularidad de los derechos colectivos recae en una comunidad “humana”. Mientras el contenido de estos derechos responde a intereses (colectivos o individuales) sobre una finalidad determinada, la titularidad puede recaer en una multiplicidad de grupos como son la familia, la nación, colectividades regionales o étnicas, la humanidad misma. En el caso de estudios multiculturales, especialmente en el objeto de esta investigación, la titularidad recae sobre los pueblos indígenas.

Para muchos expertos como Kymlicka, Remiro Brotons y Villoro, el reconocimiento de los pueblos indígenas, como sujetos de derecho ha sido un proceso lento. Y ciertamente es difícil definir el concepto de “pueblos indígenas”, a pesar de lo estipulado en el artículo 1 del Convenio N° 169 (OIT); sin embargo, según la jurista ecuatoriana Lourdes Tibán, ya sea como “grupos nacionales o

étnicos, o profundizando en el concepto de pueblo, indio u originario, estamos intentando de determinar a un sujeto histórico colectivo a nivel mundial”¹⁰². En ese sentido, los pueblos indígenas pueden considerarse como una entidad colectiva que tiene la posibilidad de ser sujeto de derecho mediante facultades diferenciadas. Son una comunidad con identidad; y esta identidad les da una autodeterminación como una personería “jurídica” autónoma con capacidad de ejercer los derechos que están relacionados a los intereses de la comunidad. Sin embargo, la capacidad jurídica está basada sobre su capacidad política en organizarse como una identidad colectiva; esta organicidad política es esencial para sus reivindicaciones y para ejercer la titularidad de los derechos colectivos.

4.3.2. CONTENIDO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas está relacionado con distintas propuestas de positivación y conceptualización. En ese sentido, los tipos de derechos colectivos, para cada comunidad específica, son los derechos especiales de representación, los derechos de autogobierno y los derechos al territorio.

Trataremos de realizar un esbozo dogmático jurídico del contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, hemos sistematizado hasta tres conceptos que concentran los derechos de los pueblos indígenas que nos posibilitarán trabajar en la relación jurídica de estos sujetos de derecho:

1. Derecho Colectivo a gozar de una “Identidad”;
2. Derecho Colectivo a gozar de una “Autonomía”; y,
3. Derecho Colectivo de una “Territorialidad”.

4.3.3. EFICACIA SOCIAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos colectivos son las facultades que recaen a un grupo social como los pueblos indígenas. La titularidad del derecho recae en el grupo humano y su

¹⁰¹ RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 189-209.

¹⁰² TIBÁN, Lourdes, *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001, p. 30.

ejercicio puede ser desarrollado individual o colectivamente. Según la teoría de los derechos humanos, estos derechos colectivos están legitimados porque buscan defender esencialmente una identidad cultural que involucra la defensa de una serie de derechos como a una vida digna según su cultura y sus decisiones, al vínculo con el medioambiente libre de destrucción por terceros, a la territorialidad, al acceso a recursos naturales, etc., es decir, defender a un grupo humano que se encuentra en estado de alta vulnerabilidad histórica y social (el derecho colectivo no es reconocido sólo por un estado de vulnerabilidad histórico y social, sino por otras características del grupo que se quiere proteger).

Estos derechos pueden tener dos formas jurídicas: la primera, son conocidas como protecciones externas, son facultades del grupo para protegerse de actos que impidan el ejercicio de su cultura o sus prácticas tradicionales, el aprovechamiento de sus recursos naturales, el despojo de sus territorios. En esta categoría de derecho colectivo recae la imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, aunque actualmente no se le reconoce constitucionalmente la inalienabilidad ni tampoco la inembargabilidad. La segunda forma de derecho colectivo son las restricciones internas, cuya finalidad es mantener la cohesión las sociedades indígenas -con identidad diferente a la sociedad mayor o dominante- mediante la subsunción del interés individual de un miembro de este grupo al interés colectivo. En esta categoría claramente, podemos apreciar el derecho a la administración de justicia o a la educación de sus propios valores culturales, religiosos, etc.

Con respecto a la eficacia social de los derechos colectivos, estos están relacionados a la forma en que se materializa la exigencia de la comunidad en la sociedad, en el ejercicio de sus derechos. Las dos tipos de formas de derechos colectivos -protecciones externas y restricciones internas-, son manifestaciones sociales para mantener la cohesión de la identidad cultural de una comunidad específica frente a la supuesta neutralidad del Estado, de la cultura societaria y del peligro del disenso interno individual. Este es el punto de conflicto más importante y controvertido en la teoría política y en el campo de los derechos humanos, para Olivé, esto significa “la posibilidad que el ejercicio de un derecho colectivo de una comunidad le permita violar derechos humanos de titularidad individual; punto que

se ha intentado y se intenta resolver”¹⁰³. Existen casos como la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que ha señalado la constitucionalidad de sanciones penales comunitarias que vulneran la integridad física porque su prohibición, debilitaría la propia existencia de la comunidad, y como tal, el ejercicio del derecho colectivo y su última finalidad, la identidad. Asimismo, señala la Corte que la finalidad de la pena no es producir una pena degradante, ni mucho menos sea considerado bajo ese orden jurídico, un trato lesivo o inhumano.

4.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como se ha explicado, estos poderes especiales, convertidos en derechos son reconocidos por el Estado y legitimados por la composición multicultural de nuestra sociedad, donde conviven no uno sino varios pueblos, donde la soberanía tiene como génesis en la co-existencia de diversas culturas e identidades que reclaman ciertas facultades, se le asignen ciertos derechos al ser parte de esta identidad nacional multicultural o pluriétnica. La legitimidad política se traslada a la formulación normativa en la triada que Julio Cotler ha señalado: respeto a los seres humanos (dignidad de la persona humana), reconocimiento de derechos (asignación de facultades en el ejercicio público y en la esfera privada) y representación (participación en la decisión política).

Estos poderes o derechos, que en algunos casos no han sido definidos por nuestra legislación, se plantean aún en el campo social como exigencias o demandas y producen muchos conflictos en las zonas Andinas y Amazónicas de Perú. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, se podrían considerar diversos marcos conceptuales de estudio de los derechos de los pueblos indígenas bajo la tríada de respeto, reconocimiento y representación. En ese sentido, hemos intentado sistematizar los derechos “marcos” y conceptos que le otorgan eficacia a las facultades colectivas de los pueblos indígenas como capacidades y las acciones u obligaciones a ejecutarse por parte del Estado.

Estos derechos colectivos podrían agruparse de la siguiente manera:

¹⁰³ OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y Pluralismo*, México, Paidós / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 88.

1. **Derechos colectivos de Identidad.** El respeto del valor identidad a pueblos indígenas se ve reflejado en el derecho a la cultura, a la identidad propiamente, y en el derecho a la educación. Así, por ejemplo, la identidad que se manifiesta en actos comunes de un grupo humano determinado está vinculada íntimamente al ejercicio individual de derechos de los miembros de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas, como sujetos de derecho, pueden reconocérsele un status especial para constituir una identidad más compleja y cohesionada, llámese nación o etnia, o tan sólo para protegerla. En ese sentido, este derecho no es contradictorio con los principios constitucionales de reconocimiento de la diversidad cultural de la nación peruana. Este derecho general que engloba diversas facultades, sustenta diversos derechos (derecho a la personería jurídica, derecho a la cultura y educación, etc.) pero recoge directamente el valor de características comunes (sociales, culturales, políticas, históricas) de un grupo frente al de la sociedad mayoritaria, donde la relación espiritual pueblo indígena-territorio es la que en primera y última instancia la que conforma dicha identidad.
2. **Derechos colectivos de Autonomía.** La autodeterminación es la base fundamental de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y de la cual se deriva el derecho colectivo a gozar o ejercer una autonomía frente a otro grupo humano o a la cultura societaria imperante (Estado). Ello mediante la capacidad de auto organizarse, ser autónomo política, económica y socialmente, a ser consultado en políticas que le atañen y tener derecho a la participación política en la “sociedad nacional”, y complementariamente, a la jurisdicción y solución de conflictos sociales. Esta autonomía debe mantener una coordinación política y jurídica con el Estado nacional que responda a un proceso de consensos en cuanto a la distribución de poderes públicos y reconocimiento de derechos especiales, involucrando una serie de reformas constitucionales y legales, así como gastos económicos al Estado para adaptar diversas instituciones e incorporar a los pueblos indígenas en la estructura gubernamental. Este concepto encierra, y sustenta entre otros, el derecho a la autonomía política, económica y social, el derecho a la consulta, el derecho a la participación y el derecho a una jurisdicción propia.
3. **Derechos colectivos Territoriales.** Este derecho está vinculado con la capacidad de estos pueblos, y en el caso peruano de la comunidad nativa o campesina, de dirigir, administrar, conservar y aprovechar su territorio. Al referirnos al derecho

colectivo de “territorialidad” -término que ciertamente es aún genérico pero que agrupa a varios derechos relacionados con la tierra-, estamos incluyendo el derecho a la tierra, al territorio ancestral, a los recursos naturales, a su administración y aprovechamiento. Este concepto “nucleado” es un derecho esencial para los pueblos indígenas de América Latina, puesto que esta relación es la que encierra y permite desarrollar los demás derechos, es en esta relación donde recae el derecho a la identidad como pueblo indígena.

4.4.1. DERECHO COLECTIVO A LA IDENTIDAD

Como hemos señalado, el derecho colectivo a la identidad, como derecho “marco”, se puede desdoblar en una diversidad de derechos que describimos a continuación:

1. **Derecho a la Personería Jurídica.** Este derecho se configura a través del reconocimiento legal de los pueblos indígenas, ya sea como sujeto de derecho genérico, así como a través de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, este derecho ha sido aplicado en el derecho nacional con una serie de acepciones con respecto a la subjetividad de los pueblos indígenas. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), define a los pueblos indígenas o el ser indígena (art. 1, inc. 1.b., 2) como los pueblos que descenden de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o del establecimiento de las fronteras actuales y que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Asimismo, es necesario que se auto reconozcan como tales.

En el campo del derecho nacional (constitucional y legal), los pueblos indígenas han sido reconocidos como comunidades campesinas y nativas, pueblos originarios y pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Por la misma historia de la invasión y colonización europea en América Latina, estos pueblos sufren una situación de alta vulnerabilidad y marginalización. Al pueblo indígena, el Estado peruano le reconoce “jurídicamente” formalmente una personería “jurídica” autónoma como Comunidad Nativa o Campesina, y últimamente como pueblo indígena en aislamiento y en contacto inicial; y la capacidad para poder ejercer los derechos que están relacionados a los intereses

de la comunidad. Éstos incluyen la titularidad y el ejercicio de los derechos de manera colectiva e individual y una configuración de otros derechos colectivos (jurisdicción, autonomía política, etc.).

2. **Derecho a la Cultura y Educación.** Este derecho está relacionado más que al acceso a la educación, es al incluir dentro de los programas educativos y la visión cultural de la sociedad nacional, una visión que incluya sus formas de conocimiento y memoria colectiva de estos pueblos, así como también el respeto a sus “prácticas culturales” en el marco de promoción de las mismas por parte del Estado.

Los pueblos indígenas son grupos sociales caracterizados por una identidad y cultura propia y distinta a la sociedad mayor. Además, el pueblo indígena suele mantener:

- a. Una relación especial con el lugar considerado por ellos como propio u originario de su grupo social; basada en la historia oral y vínculos con elementos particulares del paisaje natural;
- b. Una cosmovisión, memoria e historia social distintas a las de la sociedad mayor;
- c. Una configuración de otras características que lo distingue de la sociedad mayor, como la indumentaria, el idioma, los usos y costumbres, relación con el medioambiente.

Los pueblos indígenas no son, por lo tanto, una ficción, no pueden considerarse una persona jurídica como una sociedad anónima, sino un tipo de entidad colectiva que tiene la posibilidad de ser sujeto de derecho mediante estas facultades, estos poderes. Son una comunidad con identidad; esta identidad, como valor, les otorga personería “jurídica” autónoma y esta personería les irroga capacidad para poder ejercer los derechos que están relacionados a los intereses de la comunidad. Sin embargo, la capacidad jurídica está basada sobre su capacidad política en organizarse como una identidad colectiva; esta organicidad política es esencial para el ejercicio de la titularidad de estos derechos colectivos.

4.4.2. DERECHO COLECTIVO A LA “AUTONOMÍA”

El derecho a la autonomía tiene la misma raíz de la soberanía estatal en el principio internacional de autodeterminación de los pueblos, solo que esta autodeterminación está adecuada al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas bajo el régimen internacional. Es por ello muy importante desarrollar fórmulas de políticas públicas y estándares normativos que permitan coordinar las funciones estatales con la participación y manifestación de voluntad de los pueblos indígenas a nivel nacional, regional y local.

1. **Derecho a la Autonomía Política, Económica, Cultural y Social.** Este derecho complejo permite que los pueblos indígenas tengan la capacidad de decidir y mantener un grado de libertad en cuanto a lo señalado por la normativa general en temas políticos (forma de elección de sus representantes); económicos (mantener ciertas prácticas ancestrales en actividades económicas que realizan); y sociales (mantener prácticas o usos ancestrales que realizan), los cuales se manifiestan a través de sus “usos y costumbres” o “usos ancestrales”.
2. **Derecho a la Participación.** Es el derecho por el cual el pueblo indígena participa en el proceso de toma de decisiones estatales, así como cualquier proceso político, social o económico que los afecte o atañe. Un ejemplo claro del ejercicio del derecho a la participación, lo podemos encontrar en la co-gestión de áreas naturales protegidas, es decir, en el caso de si existe una interacción con las Áreas Naturales Protegidas, se entiende que este derecho comprende una participación en la administración del área, capacidad de decisión (Principio de “Co-manejo de las áreas protegidas”), conservación de los recursos naturales (decisión y ejecución de medidas y mecanismos de protección) y decisión en aprovechar sosteniblemente de los recursos.
3. **Derecho a la Consulta.** Este derecho contempla a la obligación del Estado en iniciar un proceso de conocimiento, consentimiento y decisión de los pueblos indígenas cuando cualquier política pública o actividad económica, social, etc., implica una afectación a sus derechos. Claros ejemplos son cuando se produce aprovechamiento de terceros, es decir, actividades extractivas como explotación de petróleo o gas se realizan dentro de sus tierras o en áreas que influyen su desarrollo o impactan en su vida colectiva como son sus territorios ancestrales; otro ejemplo claro es cuando se quiere establecer Áreas Naturales Protegidas en tierras indígenas.

En consecuencia, el derecho a la consulta es el derecho a participar a través en un proceso de manifestación de la voluntad colectiva de los pueblos indígenas cuando el Estado realice un acto administrativo o legislativo y éste los afecte. Por ejemplo, otorgue derechos reales sobre recursos naturales en tierras que estos pueblos ocupan, a fin de determinar su voluntad, los perjuicios a causarse, y en qué medida, previo a la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. La consulta previa no debe entenderse como un derecho a veto sino como una forma participativa del pueblo indígena en el procedimiento de otorgamiento de un derecho sobre un recurso natural, en su impacto a este derecho, a su identidad cultural, a algún beneficio como a una posible indemnización.

4. **Derecho a la Jurisdicción.** Este derecho implica la facultad de poder establecer infracciones y sanciones a los miembros parte de los pueblos indígenas a través de una institucionalidad especial que se inserta en la “administración de justicia” estatal, la cual coordina sus decisiones más es posible que sea autónoma. Esta facultad es un derecho esencial de los pueblos indígenas en el proceso de cohesión social y coercibilidad de ciertas reglas que les permiten existir como pueblo.

4.4.3. DERECHO COLECTIVO DE “TERRITORIALIDAD”

Dentro del discurso político y demandas sociales expresadas por las organizaciones indígenas de Latinoamérica, un punto esencial e importante que aglutina sus exigencias políticas ha sido contar con territorio ancestral, al menos, el reconocimiento de ciertas potestades sobre el actual territorio que poseen. Podemos determinar que este derecho colectivo a una territorialidad agrupa a ciertos derechos que tienen ciertas diferencias y se ejerzan de manera distintas, pero sin desligarse de un espacio territorial que es parte de una memoria colectiva indígena.

1. **Derecho a la Tierra.** La tierra es un concepto jurídico que hace referencia a un “derecho de propiedad” al suelo, un derecho que debe tener un respaldo legal “debidamente” titulado. Sin embargo, es un concepto más que discutible. La tierra es un recurso natural que es reconocido a los pueblos indígenas (comunidades campesinas y nativas) a través del derecho de propiedad y que no

cubre el concepto de territorios ancestrales o el concepto lato contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT (art. 13), en el cual se señala que el concepto tierras-territorio contempla no sólo un derecho de propiedad sino uno de ocupación del área donde usan tradicional o históricamente los recursos estos pueblos.

2. **Derecho a un Territorio Ancestral.** El territorio es un concepto del derecho público aplicado solamente a los Estados. Los pueblos que han logrado tener preferentemente territorios son las naciones a través de la constitución de Estados. En el caso de los pueblos indígenas, el derecho internacional ha comenzado a definir un “derecho al territorio”, es decir, derechos históricos de “ocupación” (posesión) sobre un espacio que cubre tanto sus tierras (derecho de propiedad, ya sea individual o comunal formalmente reconocidas) y áreas a las cuales tradicionalmente hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Estas dos áreas comprenderían un concepto cultural, jurídico, político y económico de territorio, otorgándosele un nuevo alcance a esta idea frente a la noción de territorio estatal (art. 14, Convenio N° 169 de la OIT).
3. **Derecho a Administrar, Usar y Conservar los Recursos Naturales.** Es la acción de usufructuar un bien de la naturaleza a través de actividades económicas y técnicas tradicionales o modernas. Desde la caza, pesca o recolección de recursos, hasta la exploración o extracción son actividades que se sumergen en esta categoría. Sin embargo, este aprovechamiento de recursos naturales queda limitado al relacionarse espacialmente o por sus efectos a las limitaciones legales que entran en conflicto con el reconocimiento de este derecho. Por ejemplo, el caso de las limitaciones al aprovechamiento por la constitución de áreas protegidas en espacios de uso de recursos naturales por los pueblos indígenas o que sólo recoge el derecho al uso del recurso natural para “fines de subsistencia”, del mismo sólo si se realizan “prácticas tradicionales de conservación de los recursos naturales”; en general, la legislación nacional sobre el otorgamiento de derechos a terceros.

5. BASE HISTÓRICA

En el tema del tratamiento constitucional y legal de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ha existido como sistemas de regulación interna que se origina por mandato constitucional, influenciada por los diversos períodos políticos sociales

durante la República y sus antecedentes preconstitucionales. Para Pierre Rosanvallon, “el constitucionalismo peruano está muy influenciado por la visión criolla sobre el indio en la génesis de la representación política y del sufragio”¹⁰⁴. De acuerdo a estos periodos, podemos desarrollar una periodicidad constitucional de los derechos de los pueblos indígenas:

1. Análisis del Siglo XIX

- 1.1. **Antecedentes Constitucionales:** La Constitución Gaditana de 1812 menciona a los pueblos indígenas como pueblos originarios de América, quienes tienen un tratamiento especial para su conversión a la fe católica.
- 1.2. **Estatutos Fundacionales:** El Estatuto Provisional del Estado de 1821, el Reglamento Gubernativo Provisional de 1822 y las Bases para la Constitución Política de la República Peruana de 1822 son normas que organizan el Estado pero no mencionan a los pueblos indígenas, conocidos como “pueblo de peruanos”.
- 1.3. **Primer Constitucionalismo Liberal:** La Constitución de 1823, la Constitución “Vitalicia” de 1826, la Constitución de 1828, la Constitución de 1834, la Constituciones de la Confederación de 1836, la Ley Fundamental de “Santa Cruz” de 1837 y la Constitución de 1839 reconocen a los “pueblos de peruanos” y permite el ejercicio al derecho a elegir y ser elegido, pero tan sólo a los que pagan el “tributo indígena”.
- 1.4. **Segundo Constitucionalismo Liberal:** La Constitución de 1856, la Constitución de 1860, la Constitución de 1867 (Reformas), el Estatuto Provisorio “Pierolista” de 1879, el Estatuto Provisorio “Iglesista” de 1883 y el Estatuto Legal de 1895 continúan la tradición liberal y criolla de reconocer a los pueblos de peruanos como personas que deben ser evangelizadas hasta el Estatuto Electoral de Piérola de 1895 que restringe el derecho de votar a solo alfabetos, es decir, a los pueblos indígenas.

2. Análisis del Siglo XX

- 2.1. **Hacia el Constitucionalismo Social:** La Constitución de 1920, el Estatuto Provisorio de “Sánchez Cerro” de 1930, el Estatuto Provisorio de “Samanez Ocampo” de 1931, la Constitución de 1933, el Estatuto

¹⁰⁴ ROSANVALLON, Pierre, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*, México, Instituto Mora, 1999, p. 12.

Provisorio de “Manuel Odría” de 1948, el Estatuto Provisorio de “Velasco Alvarado” de 1968 y la Constitución de 1979, las cuales reconocen los derechos de propiedad comunal para las comunidades indígenas, después denominadas comunidades campesinas y nativas. Con la Constitución de 1979, se terminan por recoger varios de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a elegir y ser elegido.

- 2.2. **Constitucionalismo Neoliberal:** la Constitución de 1993 y Ley que establece Proceso de Reforma Constitucional de 2002. La Constitución de 1993 reduce el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, eliminando varias garantías de protección de su propiedad comunal, especialmente el carácter inalienable e inembargable de sus tierras.

5.1. RECONOCIMIENTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Constitución de Cádiz de 1812 era la extraña amalgama entre el liberalismo decimonónico y la tradición conservadora del derecho colonial, y eso se expresaba al referirse a los pueblos indígenas en su art. 335:

“Artículo 335. (...)

10. Las diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de *las misiones para la conversión de los indios infieles*, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del Gobierno”.

Lo interesante del discurso jurídico es la mezcla del discurso legitimador de la religión católica para establecer el contacto con los pueblos indígenas aislados de los centros poblacionales coloniales. Discurso similar se argumenta actualmente con la inversión privada y la pobreza en la cual viven estos grupos culturales de la amazonía peruana. Esto no estaba alejando a lo que señalaban los demás textos constitucionales de la región. El Acta Constitucional de Nueva Granada (Gran Colombia, 1811): “tribus errantes o naciones de indios bárbaros” que podían ser reprimidos si sus “hostilidades nos obligaban a otra cosa” o protegidos “con toda la humanidad y filosofía que demanda su actual imbecilidad”; la Constitución de Venezuela (1909) proponía políticas de “extirpación de las idolatrías” a pueblos

indígenas (art. 80) y la *Constitución de Brasil* (1934) en su artículo 5, sobre las competencias de la Unión (gobierno federal de Brasil), en su literal m) como “política asimilacionista señala la “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*”.

El constitucionalismo liberal decimonónico en latinoamericano expresó claramente la amalgama de la utopía liberal y los presupuestos de la sociedad tradicional colonial. Un ejemplo de ello lo manifiesta el artículo 68 de la constitución ecuatoriana de 1830: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios, excitando su ministerio de caridad en favor de esta *clase inocente, abyecta y miserable*”. Pese a los cambios de la modernidad, aún no impide la manifestación de distintas formas de subalteridad - se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo seis del Decreto Supremo N° 028-2003-AG que establece la Reserva Territorial de los Nahua, Kugapakori, etc por encargar a la CONAPA el rol de “tutor provisional” para representar a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, siendo una institución del derecho civil que recuerda una visión de “subalteridad” del derecho peruano decimonónico-, exclusión o discriminación contra ciertas prácticas ancestrales de colectivos humanos no aceptadas por parte de la cultura societaria imperante¹⁰⁵.

La crítica principal proveniente de los intelectuales del siglo XIX y XX contra el modelo electoral fue la continua manipulación electoral del voto de los analfabetos, identificados como “indios”. La polémica Herrera-Gálvez sobre la capacidad jurídica de la *raza indígena o de peruanos* (“soberanía de la inteligencia”) y la descripción de Manuel Vicente Villarán sobre las viciosas prácticas electorales que instrumentalizaban a los indios expresaban lo que sucedía en el gobierno representativo del siglo XIX¹⁰⁶. Asimismo, el concepto de “pueblo de peruanos” se manifestó en el art. 7 del “Reglamento Provisional que establece el Método de las Elecciones de Municipales” de 02 de diciembre de 1821, siempre una referencia a un

¹⁰⁵ Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. I, 6a. ed., Guayaquil: Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2000, p. 299.

¹⁰⁶ VILLARÁN Manuel Vicente, “Costumbres Electorales”, en *Páginas Escogidas*. Lima: P.L. Villanueva, pp. 197-205; citado por César Gamboa, “¿Excepciones al Modelo Electoral Gaditano?: Las Elecciones Directas en el Perú del Siglo XIX”, en *Revista Elecciones* de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Lima), N° 2 (dic. 2003), p. 190. Ver <http://www.onpe.gob.pe/onpe/escaparate/caratulas/gamboa.pdf> (consulta mayo 2014).

grupo de personas, no a ciudadanos¹⁰⁷.

5.2. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS “INDIOS”: SIGLO XIX

Si analizamos seriamente el proceso histórico de los pueblos indígenas en el Perú, podremos comparar que la imposibilidad de aglutinarse en un movimiento indígena o la construcción de su identidad cultural es a efectos del proceso de atomización social, político y cultural vivido a través del régimen legal de comunidades campesinas y nativas, proceso de estructura jurídica en el cual la identificación a una cultura o identidad quechua, aymara o amazónica shipiba, se subsume por la identidad forjada en el espacio local (“comunidad” legal).

Asimismo, podemos plantear una serie de momentos que afectan el proceso histórico integral de los pueblos indígenas:

1. La movilidad social de personas en el Tawantinsuyo a través de “trabajo forzoso” y la esclavitud (yanaconas y mitimaes) (Siglo XVI), imposibilitó un proceso homogéneo de identidad cultural;
2. La debilidad institucional del Tawantinsuyo, referido a la protección de la identidad cultural (Siglo XVI);
3. Desestructuración del espacio social cultural Ayllu y el proceso social de las “Reducciones” de Toledo del siglo XVI, con los cuales las autoridades virreinales agrupaban a los indios en barrios de ciudades pequeñas, logrando que el quechua sea una lengua común entre los indígenas y no dispersándose en el espacio colonial (1570);
4. El establecimiento del régimen de “Encomenderos”, con el cual se explota al indio a través de los futuros espacios locales como son las parroquias y la relación comunidad-hacienda (Siglo XVII);
5. El proceso de las reformas borbónicas, la expulsión de los Jesuitas de América española y el retiro de privilegios de las elites cuzqueñas y provenientes de otros lugares del Perú con la pérdida de identidad “cultural” por parte de este grupo social (Siglo XVIII);
6. El amalgamamiento de la visión tradicional y la utopía liberal sobre el indio en la

¹⁰⁷ GAMBOA César, “Los Filtros Electorales Decimonónicos: Órganos Electorales y Procedimiento Electoral”, en Cristóbal Aljovín (ed.), *Historia de las Elecciones en el Perú, Estudios sobre el Gobierno Representativo*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005, p. 226.

república peruana decimonónica, formalidad en su subjetividad política y económica y proceso de expropiaciones de sus tierras a través de figuras jurídicas como el “título supletorio” (Siglo XIX); y

7. Construcción del concepto de comunidades indígenas a raíz de la “discusión positivista” de una clase trabajadora después de la Guerra del Pacífico; y a inicios del siglo XX cuando Mariategui señala lo esencial de la agenda política nacional el “problema del indio”;
8. División de la comunidad indígena en comunidades campesinas y comunidades nativas, de los Andes y Amazonia respectivamente, una nueva categorización clasista proveniente de la Reforma Agraria del gobierno militar de Velazco en los setenta, lo que genera diferencias legales entre estas comunidades y que permite la atomización de la identidad y sus distintos reclamos sociales y ejercicio de derechos colectivos.

Ciertamente, el proceso social de mercantilización y concentración de la propiedad durante la *Colonia* afectó la identidad cultural de los pueblos originarios. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, el proceso de “extirpación de idolatrías” y la participación de “ordenes eclesiásticas” (dominicos, franciscanos, etc) produjeron el establecimiento de lazos forzados con la sociedad nacional. No obstante, muchos de estos pueblos se mantuvieron alejados de la cultura societaria imperante por lo inaccesible del espacio de biodiversidad amazónica. Es después con la República y los intereses económicos sobre el Amazonas (la época del caucho y el oro en el Amazonas a inicios del siglo XX y después de la Segunda Guerra Mundial, el interés por la extracción forestal en región amazónica) que estos pueblos fueron contactados por una lógica de mercado imperante y que no visibiliza a estos pueblos como sujetos de derecho.

El proceso histórico vivido en el Perú es muy similar al vivido por los países de Latinoamérica, especialmente por los países “andinos”. La historia política occidental, la cual nos involucra a nosotros como americanos, se expresa en la “historia oficial” y en la “historia paralela” de los países de Latinoamérica. Se ha sostenido que hemos vivido una “leyenda negra” de la democracia y, por otro lado, que nos hemos originado de una sociedad igualitaria latinoamericana en un moderno velo de la ignorancia liberal. Según el historiador Annino:

“(…) los discursos políticos oficiales decimonónicos afirmaban que las sociedades republicanas latinoamericanas estaban compuestas por ciudadanos con las mismas libertades y que se reconocían como iguales, pero en el discurso legal y constitucional del siglo XIX esto era así solo para algunos”¹⁰⁸.

Ciertamente, este nuevo derecho no se aplicaba a los indios, no para el quechuahablante, no para el diferente. La revolución decimonónica que causó la imposición de este velo de la ignorancia liberal está relacionada con la génesis de la representación política y del sufragio. Aunque podemos abogar por otros factores sociales (la inserción de las ideas de ciudadanía y libertad), culturales (el “afrancesamiento”), económicos (la libertad comercial) y políticos (la “Independencia»), lo cierto es que esta modernidad criolla mantuvo la estructura jerárquica colonial europea (española o portuguesa) y se desplazó, por obvias razones, a las normas jurídicas de las nacientes repúblicas latinoamericanas. Esta “modernidad” puede ser concebida como “colonialismo interno”, “modernización tradicionalista”, y como señala Démelas, “es la característica común en la historia de muchos países latinoamericanos, especialmente los ubicados en la región andina”.

El proceso de subalteridad era claro y concreto: el indio no era sujeto de derecho más que para cuestiones formales del gobierno representativo. Asimismo, son muchos momentos en los cuales se vincula la historia de los diferentes pueblos originarios o indígenas que habitan al Perú con el pasado latinoamericano, sin aún ser reconocidos como “ciudadanos peruanos”, como lo hemos mencionado, viviendo en una situación de exclusión y desigualdad permanente.

Es interesante entender que el periodo republicano mantuvo y, en algunos casos, acentuó las diferencias sociales, económicas y culturales y la exclusión en que vivían los “indios”, conocidos así por la legislación colonial y por la nueva república criolla peruana. Asimismo, este fenómeno, no era singular del Perú, sino era una característica común en todos los países latinoamericanos.

Existen una serie de normas constitucionales, legales e infralegales que realizaron un tratamiento excluyente al indio, sin reconocerlo como sujeto de derecho y más aún, rescatando la visión del “indio” de la tradición conservadora de la sociedad colonial. Es así como el naciente constitucionalismo peruano considera a los pueblos indígenas, desde una visión de subalteridad, como un “incivilizado”, un niño, un ser humano que no reconoce el bien y el mal, no tiene la fe en Dios o la ha

¹⁰⁸ ANNINO, Antonio (com.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 7.

perdido. La Constitución fundante del Estado Peruano (1823) y la visión criolla de nación consideraban a los “indios” –al parecer, todos estaban en una situación de aislamiento, no contactados para la cultura societaria imperante- de la siguiente manera:

“Artículo 90°. Las atribuciones del Senado son:
(...)

10. Velar sobre la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes; y promover la civilización y conversión de los infieles de su territorio conforme al espíritu del Evangelio”.

Asimismo, la Constitución de 1828 señala la función de contacto obligatorio la traslada al Poder Ejecutivo, a través de las Juntas Departamentales:

“Artículo 75°. Son atribuciones de estas Juntas [Departamentales]:

10. Entender en la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento, y atraerlos a nuestra sociedad por medios pacíficos”.

En ese sentido, queda claro que en la primera parte del siglo XIX la República no consideraba al indio como un sujeto de derecho pleno. Es más, traía problemas para el sistema de representación política por el derecho que podía ejercer dado los requisitos tradicionales y censatarios conjugados en las leyes y reglamentos electorales. La crítica principal proveniente de los intelectuales de los siglos XIX y XX contra el modelo electoral fue la continua manipulación electoral del voto de los analfabetos, identificados como “indios”.

Es decir, la República se dividió en la “República de Indios” y la “República de Criollos”. Al indio, que interactuaba con la sociedad nacional, se le reconocieron ciertos derechos; sin embargo, se le trató sin alteridad jurídica o social. Así, la Iglesia u algunos órganos del Estado se propusieron la función de “civilizar” al indio que nunca tomó contacto con esta sociedad nacional.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la intención de “civilizarlos” era con la finalidad de insertarlos en el proceso de manufacturación o en la actividad agrícola. Los indios reconocidos, agrupados en el campo o en el mundo rural a través de reducciones o comunidades, los quechuas, eran conocidos como “pueblo de peruanos” o “pueblo de indios”, una unidad social que muy pronto se transformaría – a raíz de muchos levantamientos de estas comunidades “quechuas”- en la atomización “cultural” de las comunidades campesinas reconocidas constitucionalmente en el siglo XX. Así lo sentencia un pensador liberal colombiano

de mitad del siglo XIX:

“Para expandir nuestra agricultura habría necesidad de hispanizar a nuestros indios. Su ociosidad, estupidez e indiferencia hacia los esfuerzos humanos normales nos llevan a pensar que provienen de una raza degenerada que se deteriora en proporción a la distancia de su origen (...) sería muy conveniente que se extinguieran los indios, mezclándolos con los blancos, declarándolos libres de tributo y otros cargos, y otorgándoles la propiedad privada de la tierra” (Pedro Fermín de Varlas, colombiano liberal del siglo XIX).

5.3. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS “INDIOS”: SIGLO XX

Con las reflexiones de Mariategui sobre el problema del indio y el atraso del mundo agrícola sobre la “modernidad” del siglo XX, los continuos levantamientos de comunidades indígenas por la expropiación legal de sus tierras a través de los instrumentos legales usados por los hacendados, el “Estado Nación” del Perú estableció un régimen legal de comunidades de indígenas con la Constitución de 1920 para proteger el derecho de propiedad sobre sus tierras:

“Artículo 41°. Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.
(...)

Artículo 58°. El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Esta norma marca un hito en cuanto a la regulación del derecho de propiedad de las tierras, declarando constitucionalmente la protección de las tierras de indígenas.

Un elemento fundamental era el tratamiento formal colectivo a los pueblos indígenas, sin llevar aparejado un reconocimiento de derechos colectivos o individuales. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la intención de “civilizarlos” tuvo la finalidad de insertar a los indios en el proceso de manufacturación o en la actividad agrícola. Los indios reconocidos —los quechuas andinos—, agrupados en el campo o en el mundo rural a través de reducciones o comunidades, eran conocidos como “pueblo de indios”, una suerte de masa amorfa de individuos muy lejos de ser reconocidos como ciudadanos. La noción de “pueblo de indios” o “pueblo de peruanos”, podemos encontrarla en la legislación electoral y en otras normas especiales del siglo XIX que confirman lo mencionado. Esta unidad social muy pronto se transformaría -a raíz de muchos levantamientos de estas

comunidades en el caso del Perú, parte de Ecuador y Bolivia- en la “atomización cultural” de las comunidades campesinas y nativas reconocidas constitucionalmente en las postrimerías del siglo XX.

Por otro lado, después de la histórica usurpación de tierras a través del título supletorio, décadas de movilización indígena por la defensa de sus tierras y la pérdida del derecho de participación política (reforma electoral de Pierola de 1995), se consiguió la protección constitucional de la propiedad comunal. Desde 1920, el reconocimiento constitucional y legal se centró en la protección de la propiedad comunal. Posteriormente con los regímenes especiales de comunidades campesinas y nativas se acentúa ello. Pese que el nivel organizacional del movimiento indígena andino o amazónico haya logrado conformar una red representativa e institucional en la década de los ochenta, el Estado peruano no generó un nivel de diálogo político que mejore una relación histórica conflictiva, especialmente después del conflicto armado iniciado en los ochenta y finalizado a inicios de los noventa.

Cabe acotar que la Constitución de 1993 mostraba ciertos avances de reconocimiento de derechos especiales a las comunidades, sin embargo, en el caso del derecho de participación política se ha hecho muy poco, estableciéndose un requisito de cuotas para elecciones locales y regionales, silencio en el tema de las elecciones parlamentarias:

“Art. 191.- (...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales (...)”.

En consecuencia, dos elementos importantes en la relación entre el Estado peruano y los “indios” son el proceso de reconocimiento legal de la propiedad comunal de los pueblos indígenas en la zona andina y amazónica, así como al mismo tiempo que se reconocía y atomizaba localmente a los pueblos indígenas en comunidades indígenas –posteriormente divididas en comunidades campesinas y comunidades nativas-, dejando de lado cualquier reconocimiento como “pueblos”, como un colectivo mayor, propia fuente de la soberanía popular. Esto marcaría de hecho la forma legal como se reconocerían los derechos colectivos de estos pueblos a nivel constitucional y legal, sin tomar en cuenta la participación política de estos pueblos en el periodo republicano.

Otro elemento en la relación de pueblos indígenas y el Estado peruano es

como éste regulo la propia existencia de estos pueblos a través de un régimen legal que construía identidades locales que con el tiempo cobrarían una relativa importancia en función a su identificación con la tierra (propiedad comunal) y el reconocimiento de otros derechos (administración de justicia), frente a un debilitamiento histórico de la identidad de pueblo, especialmente de carácter político.

Así, si analizamos seriamente el proceso histórico de los pueblos indígenas, podremos comparar que la imposibilidad de aglutinarse en un movimiento indígena o la construcción de su identidad cultural es a efectos del proceso de atomización social, político y cultural vivido a través del regímenes legales republicanos (reservas, comunidades, resguardos, etc.), proceso de estructura jurídica en el cual la identificación a una cultura o identidad quechua, aymara o amazónica shipiba, se subsume por la identidad forjada en el espacio local (“comunidad” legal).

Si bien la Constitución de 1920 ya reconoce las “comunidades de indígenas” y protege el derecho a sus tierras de estos pueblos asegurando que tenían un derecho imprescriptible sobre ellas, la Constitución de 1933, influenciada por una visión paternalista del indigenismo, reguló con mayor detalle los derechos que podían reconocérseles y lo hizo, además, de forma que fueran entendidos como obligaciones de hacer del Estado en favor de los pueblos indígenas, señalando, por ejemplo, la necesidad de organizar un catastro de propiedad indígena y adjudicando tierras del Estado, o expropiando tierras privadas, a favor de estas comunidades. Esta tendencia paternalista presente también en la Constitución de 1979, estuvo reforzada por los levantamientos de los campesinos en la zona andina iniciados durante la década de los años 20 y que persistirían hasta fines de los sesenta.

Es en la Constitución de 1933 donde se va a reconocer, además, por primera vez y de una forma clara, las características de la propiedad comunal indígena: imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad:

“Artículo 209°.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable”.

La posterior Constitución de 1979 refuerza este tratamiento y lo mejorará otorgando un “régimen especial a favor de las comunidades campesinas y nativas”, conjunto de normas específicas que señalaban un tratamiento preferente para estos pueblos por parte del Estado peruano como son, por ejemplo, el reconocimiento jurídico de sus formas políticas de organización, su participación política en el

gobierno local, el otorgamiento de especiales beneficios en la reforma agraria y en el proceso de expropiación de la tierra a las haciendas, etc.; derechos todos ellos que se habían desarrollado legalmente durante la década de los 70 y que más tarde fueron recogidos en la Constitución de 1979.

5.4. RECIENTE HISTORIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

De manera tradicional, las políticas públicas en muchos Estados Latinoamericanos no han mantenido una visión integral con respecto al tratamiento jurídico de los derechos colectivos de los “pueblos indígenas” en la democracia representativa. Si bien es cierto que ambos campos jurídicos se consideran dentro de la protección de los derechos humanos de “tercera generación”, muchas veces su regulación ha estado en contradicción constante, mellando la funcionalidad de uno u otro bien jurídico a tutelar, sin mencionar a los *manipulados* sujetos de derecho que las elites políticas de cada Estado creen proteger.

En esta contradicción podemos apreciar tanto a los discursos jurídicos de desarrollo y democracia confrontados por los intereses económicos y sociales de la cultura societaria imperante en los países de América Latina, como a los diversos grupos culturales sometidos a una estructura jurídica nacional excluyente y desigual. En ese sentido, después de dos décadas de violencia política, el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú (2003) concluía poniendo en manifiesto la existencia de un “grave divorcio estructural entre el Perú oficial y el drama real que viven los pueblos y comunidades indígenas”:

“9. La CVR ha constatado que la tragedia que sufrieron las poblaciones del Perú rural, andino y selvático, quechua y asháninka, campesino, pobre y poco educado, no fue sentida ni asumida como propia por el resto del país; ello delata, a juicio de la CVR, el vedado racismo y las actitudes de desprecio subsistentes en la sociedad peruana a casi dos siglos de nacida la República”.

En el caso del Perú, históricamente, los discursos de las elites y autoridades no han comprendido un enfoque de derechos humanos y menos herramientas integrales que protejan el ambiente o el aprovechamiento de los recursos naturales y, al mismo tiempo, puedan operar estas mismas herramientas jurídicas de protección a

los pueblos indígenas en cualquier situación de indefensión social¹⁰⁹. Más aún, después de las reformas neoliberales impuestas en Latinoamérica a través del Consenso de Washington (1990), los intereses de las elites políticas de muchos países de la región parecen instrumentalizar la vinculación entre la Amazonía (dimensión natural) y los pueblos indígenas (dimensión sociocultural) a través del discurso del “desarrollo”, la inversión privada y la generación de una supuesta economía contra la pobreza, como fue el argumento económico social del proyecto del Gas de Camisea, de la Carretera Interoceánica Sur, o del Proyecto Hidroeléctrico Inambari. En este contexto, el discurso de la conservación debe establecer vínculos de estudio, interés y trabajo entre la protección de la naturaleza y sus recursos naturales, y los pueblos indígenas, sobre todo, los que se encuentran en aislamiento voluntario y contacto inicial.

El tratar jurídicamente el tema de los pueblos indígenas y, especialmente, de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, nos lleva a tocar puntos sensibles de la sociedad peruana. No es un solo cuestionamiento a nuestra identidad como nación, sino de cómo concebimos los derechos humanos y a cada persona que consideramos peruano. Es decir, el tratamiento social y jurídico a estos pueblos nos hace ver cuán atrasado es nuestra sociedad y nuestra democracia, porque la ausencia de una protección a favor de los pueblos indígenas aislados de la Amazonía peruana es una prueba más de un proceso político de subalteridad y de no reconocimiento de personas como sujetos de derecho, como seres humanos; y como señala Velásquez y Tardieu, esto ha sucedido a muchos sujetos sociales en nuestro país desde una legalidad decimonónica se ha construido un discurso de un sujeto subalterno. En ese sentido, tal como lo hemos señalado, “la historia nos da una oportunidad única de proteger a personas y pueblos, a seres humanos que presumimos su existencia en algunos casos, o en otros, estamos seguros de que aún existen pero que por circunstancias históricas de explotación, ultraje, matanzas y dominación, han decidido no entrar en contacto con nuestra sociedad”¹¹⁰.

Al parecer, toda respuesta pasa, como lo habíamos señalado anteriormente, por un problema estructural de nuestra sociedad. Es un problema que tiene como factores gravitantes la desigualdad social y la exclusión cultural, la falta de

¹⁰⁹ ARDITO, Wilfredo, “Indígenas y Racismo en el Perú Republicano”, en *Memoria Agendas Públicas en una visión intercultural: Exclusión e Inclusión de los pueblos indígenas en América Latina*, Lima, Paz y Esperanza, 2006, pp. 108-10.

¹¹⁰ GAMBOA, César, *Reservas territoriales del estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial*, Lima, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, 2006, p. 12.

incorporación de intereses, de reconocimiento de derechos y representación de los mismos a través del Estado, legitimados y garantizados por éste. Es decir, la lógica de dominación o la visión del Estado no se ha puesto al servicio de proteger a estos pueblos y cuando, en muy rara ocasión, su discurso ha tenido una visión histórica de inclusión -“opción preferente por los pobres”-, ha actuado contradictoriamente, según el modelo de las teorías del desarrollo, la inversión o la ecuación económica de la lógica de beneficios y utilidades a corto plazo, que sólo benefician a élites nacionales que no han visualizado los problemas concomitantes de la lógica mercado en la Amazonía, de las comunidades nativas y campesinas de la Sierra y la Selva peruana, pues menos para la existencia de estos pueblos que se cuestiona aún, después de su exterminio por omisión, su existencia.

Este mismo discurso se repite actualmente en muchas instituciones públicas como el Congreso. El discurso jurídico y político no comprende el respeto de la voluntad sino la subsunción de la voluntad del “otro” en la nuestra, en el bien común y la hace parte de ella, transformando la regulación en una tutela paternalista de lo que quiere el otro -cuando estudios antropológicos señalan que rechazan el contacto y prefieren vivir en aislamiento aun-, o afirmando que ellos no tienen “toda la capacidad” de discernir, ni señalar su propia voluntad, ni destejer su propio futuro:

“Señor Presidente, quienes hemos vivido allí estos son personas que **están viviendo en la edad de la piedra, no tienen escritura, no tienen herramientas, más que piedra o las manos**, su comunicación ecocultural, entonces cómo vamos a identificarlos y cómo vamos a hacer voluntariamente y por derecho del Estado dejarlos en esa situación absoluta de la edad de la prehistoria, señor Presidente, ¿eso es protección? **Yo creo que protección es condicionar a un desarrollo manteniéndoles sus conocimientos ancestrales que es lo más importante**, ellos saben protegerse de sus enfermedades, saben conseguir sus alimentos, eso son los que nosotros tenemos que velar cómo se debe proteger, pero no con esta situación.

Se le prohibió el ingreso a cualquier persona extraña que pueda llevar un aspecto **cultural diferente, con eso estamos beneficiando, los estamos perjudicando (...)**”¹¹¹.

Es así como se violenta un principio liberal constitutivo de nuestra democracia contemporánea y de la visión social e individual: el respeto de la voluntad del otro. Suponemos lo que necesita y quiere, tomando su voluntad como derecho propio, y eso lo hace el Estado, las organizaciones de la sociedad civil y hasta en algunos casos, las organizaciones indígenas. Estas contradicciones deben ser bien analizadas porque esta problemática no puede ser vista desde nuestros intereses

¹¹¹ Intervención del ex Congresista Jaimes Serkovic al momento de debatir el Dictamen N° 13057 que se convertiría en la Ley N° 28736 Debate en el Pleno del Congreso de la República, sobre el Proyecto de Ley N° 13057, Ley de Protección de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o en Situación de Contacto Inicial.

o la percepción de las teorías omnipresentes del desarrollo, sino desde la búsqueda y el respeto del otro. Encontrar su voluntad y rastrearla en sus actos es una búsqueda permanente de nosotros mismo como sociedad nacional –si eso llega a significar monolíticamente algo- y de los sistemas jurídicos que decidan protegerlos.

Es posible que esta situación se pudo cubrir con la aparición de mecanismos de protección de los derechos civiles y políticos y con los económicos sociales y culturales, es decir, con el derecho a la vida, a la salud, educación, vivienda, etc. Ciertamente si fueran efectivos, muchas de las exigencias sociales de las organizaciones indígenas serían mínimas, sin embargo, esta situación se agrava más cuando no se reconocen estos derechos a los indígenas y no se les incluye desde su visión e intereses en la sociedad nacional. En ese sentido, no se le reconoce su identidad como indígenas, agravando más la problemática de estos pueblos.

6. BASE JURÍDICA

Las normas que regulan los derechos de los pueblos indígenas son:

1. Los diversos Tratados Internacionales vigentes para el Perú desde 1993 y sus antecedentes, especialmente el Convenio N° 169 de la OIT (1989), la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (2007), el Convenio de Diversidad Biológica (1992).
2. Constituciones políticas de diversos países del mundo y legislación comparada, especialmente la de Colombia (1992), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).
3. La Normatividad Comunitaria Andina, especialmente la Declaración de Machu Picchu (2001) y la Carta Andina de Derechos Humanos (2002).
4. La Constitución de 1993. En el análisis dogmático constitucional se incluirá los proyectos de reforma constitucional (2002-2003).
5. Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, órgano que ha cambiado de una posición garantista de derechos que mantuvo hace algunos años (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 03343-2007-AA¹¹²), hacia una posición

¹¹² Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

conservadora y defensora del principio de seguridad jurídica (Sentencia del TC. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC¹¹³).

6. Leyes sobre pueblos indígenas y de desarrollo constitucional, especialmente las propuestas normativas de ley de consulta, ley forestal y de pueblos originarios, así como los decretos legislativos que implementan el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos.

Para enumerar las principales normas referidas a los derechos de los pueblos indígenas, se han analizado las siguientes normas internacionales y nacionales:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
4. Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)
5. Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (1996)
6. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, "Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales" (1962)
7. Tratado de Cooperación Amazónica (1978)
8. Estrategias y Procedimientos para Temas Socio-Culturales en Relación con el Medio Ambiente del Comité del Medio Ambiente del Banco Interamericano de Desarrollo (1990)
9. Directriz Operativa DO 4.20 del Banco Mundial concerniente a los Pueblos Indígenas (1991)
10. Acuerdos Agenda 21 (1992). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
11. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
12. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
13. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (31 de agosto de 2001)
14. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (1988)

¹¹³ Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

15. Resolución sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (1997)
16. Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza (2001)
17. Carta Andina de Derechos Humanos (2002)
18. Decisión Andina N° 524. Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2002)
19. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989. Aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, de 02 de diciembre de 1993. El Instrumento de Ratificación de 17 de enero de 1994, se depositó el 2 de febrero de 1994. Vigente para el Perú, desde el 02 de febrero de 1995
20. Constitución Política del Perú de 1993
21. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, Decreto Ley N° 22175, de 09 de mayo de 1978
22. Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834
23. Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que aprueba el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas
24. Decreto Supremo N° 15-2001-PCM, de 14 de febrero de 2001 que constituye la “Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas”
25. Decreto Supremo N° 072-2001-PCM, de 23 de junio de 2001 que crea la Mesa de Dialogo Permanente para la solución de los problemas de las Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana
26. Decreto Supremo N° 028-2003-AG, de 25 de julio de 2003, que crea la “Reserva Territorial a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros”
27. Resolución Directoral N° 441-DZA-VIII-73, de 20 de noviembre de 1973, que crea la “Reserva Territorial del Estado a favor de la grupos nativos Mayorunas”
28. Resolución Ministerial N° 00046- 90AG/DGRAAR, de 14 de febrero de 1990 que crea la “Reserva Territorial del Estado a favor de la grupos étnicos Kugapakori y Nahua”
29. Resolución Directoral Regional N° 189-97-CTARU/DRA, de 01 de abril de 1997; modificada mediante Resolución Directoral Regional Sectorial N° 453-99-CTAR-UCAYALI-DRSA de 24 de septiembre de 1999, que crea la “Reserva

Territorial a favor del grupo étnico Murunahua”

30. Resolución Directoral Regional N° 000201-98-CTARU/DRA-OAJ-T, de 11 de junio de 1998, que crea la “Reserva Territorial a favor del grupo étnico Isconahua”
31. Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA, de 01 de abril de 1997, que crea la “Reserva Territorial a favor del grupo etnolingüístico Mashco - Piro”.
32. Resolución Ministerial N° 427-2002-AG, de 22 de abril de 2002, que crea la “Reserva Territorial a favor de los grupos en aislamiento voluntario en los distritos de Iñapari, Laberinto, Las Piedras, Tambopata y Manu”.

6.1. PRINCIPIO INTERNACIONAL DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Por la situación de explotación y desigualdad social vivida en las sociedades capitalistas contemporáneas y el rezago de las sociedades feudales, se produjo una eclosión de exigencias y demandas sociales, así como una multiplicación de subjetividades que reclamaban facultades especiales; sin embargo, el proceso político internacional de reconocimiento de derechos ha devenido con el reconocimiento de la subjetividad de pueblos en la descolonización de estos después de la Segunda Guerra Mundial. Muchos de estos pueblos quedaron atrapados en la nueva configuración del Nuevo Orden Internacional establecido desde Naciones Unidas. Algunos de estos pueblos siguieron reclamando sus derechos como pueblos originarios por cuanto existieron y se acentuaron antes de la constitución de los Estados criollos latinoamericanos del siglo XIX, como sucede con los pueblos indígenas en esta parte del mundo.

Desde el derecho internacional, podemos observar que la multiplicidad de titulares de los derechos colectivos puede traer cierta confusión al identificarlos. Sin embargo, la comunidad internacional contemporánea ya ha venido adoptando instrumentos internacionales sobre la materia y, de forma más importante, esta adoptó, “como pilar de un orden jurídico internacional, el principio de la autodeterminación de los pueblos, un proceso histórico plagado de contradicciones”, a través de la Carta de las Naciones Unidas y, posteriormente, de innumerables

Resoluciones y otros instrumentos internacionales”, como menciona Ruiz¹¹⁴.

El principio internacional de autodeterminación de los pueblos se evidenció por primera vez en este nuevo orden internacional en la Carta de Naciones Unidas como principio fundamental de la sociedad internacional al establecer las relaciones entre los Estados. La Carta de Naciones Unidas de 1945 señalaba lo siguiente:

“Artículo 1

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

(...);

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal (...).”

Sin embargo, el nexo entre el principio de la autodeterminación de los pueblos y el respeto universal de los derechos humanos, especialmente, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas se resalta también como una forma de integración del derecho de estos pueblos con los principios del derecho internacional:

“Artículo 55

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá (...); y

c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Es claro que el derecho internacional de los derechos humanos y la fundamentación política de la comunidad internacional contemporánea se relacionan mediante el principio de autodeterminación de los pueblos. Este principio se desplaza de la Carta de Naciones Unidas a los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 1, de ambos pactos) y, actualmente, por el derecho de las minorías:

“Artículo 1.- Observación general sobre su aplicación

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho

¹¹⁴ RUIZ RODRÍGUEZ, Segundo, *La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 67-8.

internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

Tal como nos señala Remiro, “el principio de autodeterminación de los pueblos ha fijado principios, normas e instituciones de protección, aún en proceso de construcción, para los pueblos colonizados, para los pueblos no coloniales y los pueblos indígenas”¹¹⁵. Actualmente, existen resquemores sobre la interpretación de este principio como fundamento de aspiraciones separatistas por parte de los pueblos indígenas en América Latina. La interacción entre este principio y los pueblos indígenas se encuentra en la legitimación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho a nivel internacional y nacional. De alguna manera se ha tratado de interpretar que no pueden tener esta subjetividad, pero el peso político de esta condición de pueblo rebasa los candados puestos por el artículo 1° del Convenio N° 169 de la OIT, tan bien comentados y utilizados por algunos sectores de la doctrina que interpretan en contra de una extensión de derechos humanos a estos pueblos:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

(...)

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

Interpretando esta disposición, se infiere que los pueblos indígenas no tienen el mismo poder, los mismos derechos ni la misma subjetividad para reclamar como suyo el término de autodeterminación de los pueblos, que finalmente se manifiesta en la constitución de un Estado. Tiene menos poderes, no puede aplicársele el principio de autodeterminación más que de manera imperfecta, es decir, aplicándole ciertos derechos que si son reconocidos en el derecho internacional, y el principio de autonomía o autodeterminación de los pueblos indígenas, ya después desarrollado en la Declaración Internacional de Derechos de Pueblos Indígenas de 2007.

Uno de esos poderes o derechos colectivos reconocidos como una fórmula de compartir poderes entre el Estado y el pueblo legítimamente reconocido en el derecho internacional, con el pueblo indígena son los derechos territoriales, que

¹¹⁵ REMIRO, Antonio *et al.* *Derecho Internacional*. Madrid. Mac Graw-Hill, 1997, p. 109.

muestran claramente cómo se entiende la coordinación y el reconocimiento de los derechos colectivos a la luz del derecho internacional y del principio de autodeterminación de los pueblos. En ese sentido, la tendencia en el derecho internacional al reconocimiento de las prácticas o la utilización de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas está íntimamente relacionada con permear la soberanía de la nación, de los pueblos. No es que sean derechos colectivos absolutos, sino todo lo contrario, son facultades de los pueblos indígenas, sino que se reconoce esa práctica de aprovechamiento especialmente.

Como podemos apreciar, estas disposiciones señalan una serie de principios sobre aprovechamiento de recursos naturales de los pueblos indígenas:

1. Derecho a “participar” en la utilización, administración y conservación de estos recursos. Lo que indicaría que las comunidades campesinas y nativas participarían directamente en la gestión y uso de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras. Este último concepto no debe entenderse *strictu sensu*, sino todo lo contrario, abarcaría la propiedad colectiva o comunal, el conjunto de parcelas, así como el territorio “ancestral” donde se realizan actividades de aprovechamiento de recursos naturales (fuera o dentro de las tierras tituladas de las comunidades);
2. Derecho a ser consultados previamente antes de la autorización o el otorgamiento de un derecho sobre un recurso natural (“consulta previa”);
3. Derecho a ser beneficiados por las utilidades generadas del aprovechamiento de un recurso natural;
4. Derecho a percibir indemnización por daños que pudieran causarse por la actividad de aprovechamiento del recurso.

6.2. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La creación de una institucionalidad indígena insertada en el Estado está relacionado con la libre determinación, la autonomía y la participación indígena, este proceso debe incluir la consulta previa¹¹⁶. El artículo 4 del Convenio 169 señala que

¹¹⁶ Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, Informe III (Parte 1A), Convenio 169, Paraguay. Cabe mencionar que de acuerdo a la Ley de Consulta Previa, el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa se aplica a las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, entre los cuales se identifica el derecho a la participación (art. 3, f, del Reglamento de la Ley).

las medidas especiales que se adoptarán para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

La CEAR se ha pronunciado cuando se ha tratado de implementar algún tipo de institucionalidad sin el consentimiento de los indígenas, como fue el caso cuando la CEACR deploró que la reforma institucional del INDEPA no había sido consultada con los pueblos indígenas, pidiendo la participación efectiva de las instituciones representativas de los pueblos indígenas en este proceso de reforma institucional del INDEPA, en la conformación de su Consejo Directivo y en la revisión de su reglamento de organización de funciones¹¹⁷.

El derecho internacional no impone un modelo particular de participación de los pueblos en la vida pública de sus países¹¹⁸. La institucionalidad tiene como objetivo la participación permanente de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen (art. 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas). El derecho general a la participación indígena tiene una dimensión interna y externa. La dimensión interna es el ejercicio de la autonomía y el autogobierno por parte de los pueblos indígenas, y al mantenimiento de sus propios sistemas jurídicos y de justicia. La dimensión externa es la adopción de decisiones por parte de actores que son externos a los pueblos (la participación en la vida pública general del Estado, la participación en la adopción de decisiones en el ámbito internacional y la participación en la adopción de decisiones por parte de actores estatales acerca de medidas que afectan los derechos o los intereses de esos pueblos¹¹⁹).

El derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos que los afectan se fundamenta en el art. 7 del Convenio 169, y en conexión con el artículo 18 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y del principio de la auto-determinación de los pueblos¹²⁰. Por otro lado, la participación en la vida pública como cualquier ciudadano se fundamenta en los

¹¹⁷ Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe III (Parte 1A), Convenio 169, Perú.

¹¹⁸ CEACR (2009), Observación general, op. cit. Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe III (Parte 1A), Convenio 169, Observación general. Anaya J. (2004), pág. 60.

¹¹⁹ Informe provisional del Relator Especial, Doc. ONU A /65/264, 9 de agosto de 2010, párrs. 41-46. Mecanismo de Expertos (2010), op. cit., págs. 12-24.

¹²⁰ Mecanismo de Expertos (2010), párr. 5. Ver también Clavero B. (2005).

tratados generales de derechos humanos (art. 25 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos; art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y en el artículo 5 de la mencionada Declaración¹²¹.

La finalidad de la institucionalidad indígena es efectivizar el derecho a la participación en su relación con las estructura del Estado. Las modalidades de funcionamiento de la institución indígena debería garantizar el cumplimiento de las características del derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen (ver Cuadro 11).

Finalmente el artículo 33 del Convenio 169, las instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados deben disponer de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones¹²². Además, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones (art 23 de la Declaración).

Cuadro 11 Contenido del Derecho a la Participación de los Pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen

Tema	Convenio 169 y Declaración de Naciones Unidas (2007)	OIT - CEACR¹²³ (Pautas oficiales)
Estructura de participación	La participación debe garantizarse en los organismos administrativos o de otra índole, responsables de políticas y programas que conciernen los pueblos indígenas (art. 6 C169).	Según un modelo apropiado a las circunstancias, dado que el Convenio 169 no impone un modelo específico de participación ¹²⁴ .
Integrantes de la estructura	Los pueblos indígenas participan por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos (art. 18 Declaración).	Con todas las comunidades e instituciones realmente representativas de los pueblos indígenas ¹²⁵ . Por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos ¹²⁶ y sin injerencia alguna ¹²⁷ .
Competencias	Políticas y programas que conciernan a los pueblos indígenas (art. 7 C169): - mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y	Se requiere la participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con lo siguiente: el desarrollo de una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de

¹²¹ Informe Anaya (2010), párrs. 43-44.

¹²² Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (ILCCR), 98ª reunión CIT (2009), Convenio 169, Perú.

¹²³ La CEACR es la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la Organización internacional del trabajo. Es un órgano de control encargado de monitorear la debida implementación de los convenios de la OIT, entre ellos el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.

¹²⁴ Informe CEACR (2009), C169, Observación general. Informe CEACR (2011), C169, Observación general. Anaya J. (2004), p. 60.

¹²⁵ Informe CEACR (2010), Convenio 169, Argentina. Véanse también CERD, Observación final Chile, 7 de septiembre de 2009, Doc. ONU CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 20; CERD, Observaciones Finales Ecuador, 22 de septiembre de 2008, Doc. ONU CERD/C/ECU/CO/19, párr. 15.

¹²⁶ Informe CEACR (2010), Convenio 169, Perú y Panamá (sobre el Convenio 107).

¹²⁷ Informe CEACR (2010), Convenio 169, Argentina. CERD, Observaciones finales Argentina, 29 de marzo de 2010, Doc. ONU CERD/C/ARG/CO/19-20, párr. 22. CERD, Acción urgente Nepal, 28 set. 2009.

	educación (art. 7.2), -medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (art. 7.4), - programas de formación profesional y programas y medios especiales de formación (art. 22), -fortalecimiento de las actividades tradicionales (art. 23), -organización de los servicios de salud (art. 25) y educación (art. 27). Adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos (art. 18 Declaración): - proceso para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras (art. 27) - elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan (art. 23), -medidas para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación (art. 15), - medidas específicas para proteger a los niños indígenas (art. 17), -medidas para mantener y desarrollar los contactos en miembro de un pueblo separado por una frontera (art. 36).	sus pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (C169, artículo 2, 1); la adopción de medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (artículo 5, c); la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen (artículo 6, 1), b); la formulación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7, 1); el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación (artículo 7, 2); la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15, 1); y el fortalecimiento y la promoción de las actividades tradicionales (artículo 23, 1)¹²⁸. Participación en los procesos de identificación de las modalidades de logar el desarrollo¹²⁹.
Ejecución	Participación libre (Art. 6 C169). Disponiendo de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.¹³⁰ A todos los niveles en la adopción de decisiones (Art. 6 C169).	De manera efectiva, y brindando a los pueblos indígenas la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas.¹³¹ Debe gozar de los medios necesarios para cumplir con sus funciones y poder incidir en decisiones de los sectores.¹³² Desde la concepción hasta la evaluación de las políticas públicas o medidas¹³³. En todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo¹³⁴. De manera sistemática y transparente¹³⁵.
Objetivo	Manera de realizar el derecho a la autodeterminación (art. 3 Declaración).	Conferir a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹³⁶. Influencia real en los procesos de adopción de decisiones¹³⁷.

Fuente: Elaboración de Sébastien Snoeck (2014)

¹²⁸ Informe CEACR (2011), Convenio 169, Observación general.

¹²⁹ Informe CEACR (2009), Convenio 169, p. 731.

¹³⁰ Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (ILCCR), 98ª reunión CIT (2009), Convenio 169, Perú.

¹³¹ Informe CEACR (2011), Observación general. Informe CEACR (2010), C169, Perú. Informe CEACR (2009), C169, Observación general y Argentina. Informe CEACR (2008), México. Mecanismo de Expertos (2011), Doc. ONU A /HRC/18/42, párr. 13. CCPR, Comunicación N° 1023/2001: Finlandia, 15 de abril de 2005, Doc. ONU CCPR/C/83/D/1023/ 2001, párr. 8.5.

¹³² Contribución de la OIT sobre estudio del Mecanismo de Expertos sobre los pueblos indígenas y el derecho de participar en la adopción de decisiones.

¹³³ Informe CEACR (2008), México. Contribución de la OIT sobre estudio del Mecanismo de Expertos sobre los pueblos indígenas y el derecho de participar en la adopción de decisiones.

¹³⁴ Informe CEACR (2009), C169, Observación general.

¹³⁵ Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (ILCCR), 98ª reunión CIT (2009), Convenio 169, Perú.

¹³⁶ Informe CEACR (2011), C169, Observación general.

¹³⁷ Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (ILCCR), 98ª reunión CIT (2009), Convenio 169, Perú.

6.3. CONVENIO N° 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN ESTADOS O PAÍSES INDEPENDIENTES

El acuerdo internacional más importante en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (N° 169 de la OIT), adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989, el cual establece un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas:

CUADRO 12 DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

Derechos Generales	Derechos Colectivos Específicos
Derechos de Identidad	Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),
	Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4)
	Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5)
	Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31)
Derechos a la autonomía	Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6)
	Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7)
	Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho [consuetudinario], instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9)
	Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12)
	Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32)
Derechos Territoriales	Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat, así como el aprovechamiento de los recursos naturales (arts. 13-19)
Derechos laborales con enfoque intercultural	Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25)

Fuente: elaboración propia

En el apartado sobre mecanismos de protección internacional que integra el derecho constitucional peruano, se incluye un análisis más detallado del rango constitucional del Convenio 169 en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Los derechos colectivos a la participación, a la consulta y al consentimiento de los pueblos indígenas, se encuentran desarrollados en normas internacionales y sentencias jurisprudenciales internacionales de obligatorio cumplimiento para el Perú. Dichas normas y la esencia de los mencionados derechos se muestran en el siguiente cuadro:

CUADRO 13 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA AUTONOMÍA

Derecho	Contenido	Instrumento Normativo
Derecho a la participación	Garantizar la participación de los Pueblos Indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de políticas, planes y programas de desarrollo nacional y regional. Este es un derecho colectivo especial de los Pueblos Indígenas, diferente al derecho a la participación ciudadana.	Artículos 6°. b. y 7°. 1. y 2. del Convenio 169 de la Organización Inter-nacional del Trabajo-OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Artículo 5°, 18° y 23° de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.
Derecho a la consulta	Realizar procesos de consulta antes de la aprobación de una medida legislativa o administrativa y antes de la autorización de proyectos de desarrollo de gran envergadura que afecte a los Pueblos Indígenas.	Artículos 6° y 15° del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19° de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.
Derecho al consentimiento	Se aplica a circunstancias que afecte directamente a la existencia misma de los Pueblos Indígenas, por ejemplo antes de la autorización de proyectos de desarrollo de gran impacto.	Artículos 10°, 29°.2 y 32°.2 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y Sentencia Saramaka vs. Surinam de la CIDH.

Fuente: elaboración propia

Para el caso de los Pueblos Indígenas se debe diferenciar claramente el derecho a la participación del derecho a la consulta (ambos como derechos colectivos). El derecho a la participación es más amplio que el derecho a la consulta pues involucra el derecho colectivo de los pueblos indígenas de participar desde antes (formulación), durante (aplicación) y después (evaluación) de las políticas, planes y programas; mientras que el derecho a la consulta se aplica a medidas concretas (administrativas, legislativas y autorización de proyectos de desarrollo).

6.4. DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Después de muchos años de discusión y debate sobre la propuesta normativa para reconocer la necesaria protección de los pueblos indígenas a nivel global, más de 20 años se produjo la votación de 143 Estados a favor, 4 en contra y 11 abstenciones para aprobar en la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre del 2007, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas”. La Declaración señala que:

“Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus

instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”.

Estos derechos están íntimamente relacionados con sus derechos a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad, derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos y que tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. En consecuencia, Naciones Unidas reconoce a los pueblos indígenas como un pueblo más dentro de la comunidad internacional, además de ello reconoce y se integra, avanzando mucho más allá en precisiones normativas, a lo señalado por el Convenio 169 de la OIT.

Los artículos 7 y 8 de la Declaración de Naciones Unidas señalan que los “Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención para proteger la integridad de los pueblos y las personas indígenas”, así como prohibir la enajenación de sus tierras, territorios o recursos. Esto no califica como derecho de veto o la prevalencia de la voluntad de los pueblos indígenas sobre la voluntad del Estado, pero si la necesidad de coordinación permanente y sistemática entre los pueblos indígenas y los Estados con la finalidad de proteger sus derechos. En ese sentido, ningún operador jurídico, autoridad pública puede interpretar los derechos de estos pueblos de forma restrictiva, o ponerlos en situación desventajosa, pues ninguna disposiciones señalada por la Declaración, se pueden interpretar en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro (Núm. 3 del artículo 45° de Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas.).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es parte del soft law del derecho internacional, y prontamente se convertirá en parte del *ius cogens* del derecho internacional y de derechos humanos, formando parte del orden público internacional, que los países deberán respetar y obligarse a ella al constituirse en un catálogo de derechos de los pueblos indígenas, de carácter mínimo, cuando se constata que el citado instrumento internacional se aprobó por la mayoría de países de la comunidad internacional, excepto Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda.

El artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas señala el derecho de los pueblos indígenas al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades

fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. Hay que tomar en cuenta dos puntos: que el principio de autodeterminación de los pueblos se aplicaría en el contexto social en que habitan estos pueblos, y segundo, que los pueblos indígenas gozan de una ciudadanía diferenciada, pues son ciudadanos de un país con el goce de derechos individuales y también por su calidad de indígenas gozan de derechos colectivos, que la sociedad nacional no puede hacerlo.

La Declaración señala que el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5). Este derecho responde al derecho que tiene cada pueblos a la autodeterminación, encontrándose el Estado obligado a respetar este espacio vital de ejercicio de autonomía, la cual tiene múltiples dimensiones (sociales, políticas, económicas, etc).

El artículo 7º de la Declaración garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona así como el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no siendo sometidos a ningún acto de violencia. En ese sentido, todo Estado debe procurar respetar estos derechos y evitar poner en peligro a estos pueblos o colocarlos en un estado de violencia o indefensión. Asimismo, la Declaración establece que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura (art. 8). En ese sentido, los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

1. Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica.
2. Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos.
3. Toda forma de asimilación o integración forzadas.

La Declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas y otros

recursos que tradicionalmente ha poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (art. 25). Muchas veces, en las legislaciones nacionales no se comprende ni protege esa relación espiritual de los pueblos indígenas con las tierras, pese a que existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de tutelar y proteger dicha relación, pese a los principios del derecho civil tradicional (relación patrimonial de las cosas).

Además, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Asimismo, manifiesta que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (art. 26). Los pueblos indígenas en el Perú han sufrido distintas vulneraciones a estos derechos, especialmente los derechos territoriales no han sido respetados por las normas de carácter nacional, volviendo su ejercicio, en muchas ocasiones una imposibilidad, sobre la base de la primacía del dominio eminente del Estado Peruano sobre los recursos naturales.

Asimismo, la Declaración precisa que los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la Declaración mediante la movilización de la cooperación financiera y la asistencia técnica (art. 41). En consecuencia, estos son mecanismos de apoyo que pueden utilizar los Estados para el cumplimiento de las disposiciones de la Declaración, como podrán verse, son mecanismos complementarios de protección internacional la asistencia técnica y cooperación internacional que pocas veces son visualizados como tal por los propios pueblos indígenas.

Un tema de plena actualidad como es el caso del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, pues la declaración va más allá en todos los reconocimientos a este derecho, empatándolo con los necesarios supuestos de consentimiento previo, libre e informado:

“Artículo 19.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar

y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

“**Artículo 32.2.-** Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Es decir, el objeto final de las consultas bajo el marco de la Declaración, es la de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, y no necesariamente un acuerdo. De todas maneras, tampoco se señala que los efectos de ese consentimiento son vinculantes para las decisiones estatales, tema aun debatido por la doctrina especializada.

6.5. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una buena síntesis de la jurisprudencia y de las recomendaciones que ha producido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de sus órganos más importantes, durante estos años, lo podemos encontrar en el Informe “Derecho de los pueblos indígenas y tribales a sus tierras ancestrales y sus recursos naturales” de la CIDH¹³⁸, pues tanto la Comisión como la Corte han cumplido un rol fundamental de protección de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en la vulneración de sus derechos territoriales.

Estos criterios, principios e interpretación de derechos de los pueblos indígenas han sido señalados en las siguientes resoluciones, informes y sentencias: Sentencias del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Sentencia de 31 de agosto de 2001), *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay* (Sentencia 17 de junio de 2005) y el Caso Yatama Vs. Nicaragua (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso N° 7615 - Caso Yanomami vs. Brasil, Resolución N° 12/85 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Caso 11.140 – Caso Mary y Carry Dann vs. Estados Unidos, Informe 99-99 de la CIDH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, en la primigenia y reconocida sentencia de protección de tierras indígenas, Awas Tingni vs Nicaragua, señaló que la ausencia o el retardo de la titulación y demarcación de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales pueden agudizar el impacto de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en dichos territorios, así

como suscitar conflictos violentos entre dichos pueblos y terceros por causa de tales proyectos. Esto tiene que entenderse como una limitante para el Estado, es decir, que el Estado no puede otorgar derechos de aprovechamiento de recursos naturales a terceros o aprobar medidas relacionadas a proyectos de desarrollo que puedan afectar a los pueblos indígenas, hasta que sus derechos de propiedad comunal sean identificados a través de la titulación, delimitación y demarcación. Es decir, mientras las tierras indígenas o tribales no hayan sido demarcadas, delimitadas y tituladas, los Estados deben abstenerse de:

“(...) todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros actuando con aquiescencia o tolerancia de éste, afecte la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica ocupada y usada por el pueblo [indígena]”¹³⁹.

Más adelante, la CIDH agrega que Estado debe abstenerse de “realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.

En otra sentencia importante para la protección indígena en el continente, *Saramaka vs Surinam*, la CIDH señaló que las concesiones ya otorgadas dentro del territorio Saramaka sin consultar al pueblo afectado, el Estado debía:

“(...) revisarlas, a la luz de la presente sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka”¹⁴⁰.

Es decir, en el caso de conflictos entre los derechos otorgados a terceros y los derechos territoriales, es posible que el Estado revise los derechos otorgados a terceros con la finalidad de proteger a los pueblos indígenas, especialmente su derecho de propiedad. Esta revisión implica la declaración de nulidad del derecho otorgado. En dicha sentencia, la CIDH establece tres garantías participación efectiva

¹³⁸ Ver <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

¹³⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(a).

de los pueblos indígenas en los planes de inversión, beneficios razonables y estudios de impacto ambiental previos¹⁴¹.

Asimismo, bajo esa misma línea jurisprudencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas recomendaciones con la finalidad de dar la máxima protección y la mejor orientación a las acciones públicas relacionadas a la protección y posible vulneración de derechos territoriales. Concluye la Comisión que de acuerdo a la CIDH, esta ha señalado que los Estados no pueden otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que no han sido delimitados, demarcados o titulados, sin consulta efectiva y sin el consentimiento informado del pueblo. En consecuencia, los Estados violan el artículo XXIII de la Declaración Americana y el artículo 21 de la Convención Americana, a menos que se abstengan de:

“(...) otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo”¹⁴².

6.6. LA SENTENCIA AWAS TINGNI VS. NICARAGUA

Pese que el ordenamiento jurídico peruano puede no ser muy claro al respecto, lo cierto es que la Constitución pretende resguardar a la “Nación Peruana” a través del Estado de la posible injerencia de “dominio” jurídico y político en bienes constitucionales cuyo valor trasciende un derecho de propiedad, que no es absoluto y se sujeta a su función social.

Es indiscutible que el artículo 66 de la Constitución Peruana de 1993 tiene un carácter vinculante para todos los bienes conocidos como “recursos naturales”. Es decir, todos los recursos naturales son parte del patrimonio de la nación, sin discusión alguna. En consecuencia, se le suma al régimen y sistema político que sostienen a nuestra sociedad, bienes jurídicos a los cuales proteger como sería el patrimonio cultural de la nación (art. 21), el concepto de dominio marítimo (art. 54) y el patrimonio de los recursos naturales:

¹⁴¹ YRIGOYEN, Raquel, “Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. A propósito de la integración (...) por la CIDH en el caso de Saramaka vs Surinam”, en *Consulta Previa, Experiencias y Aprendizajes*, Bogotá, ANH, 2009, p. 276.

“Artículo 66. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Sin embargo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido el vínculo material e inmaterial de los recursos naturales y los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua de 2001 ha traído más debate al asunto sobre el vínculo jurídico de los recursos naturales y los pueblos indígenas. La discusión se ha centrado en tres dimensiones; primero, respeto a la titularidad del derecho de propiedad de las tierras que poseen ancestral e históricamente los pueblos indígenas; segundo, regulación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de territorios indígenas, por parte estos pueblos o de terceros; y tercero, un sistema jurídico nacional de protección eficaz de los derechos de estos pueblos.

La construcción jurídica de protección de los derechos de propiedad indígena tiene como intención *pagar culpas sociales*, sin embargo, eso está en debate actualmente. Históricamente, huelgan las distinciones en el arrebato de la propiedad de los pueblos indígenas desde los Estados Unidos, como sucedió con la desaparición de la frontera de las trece colonias, pasando por la institución procesal “título supletorio” utilizada por la elite criolla en el Perú decimonónico, hasta las cacerías etnocidas en Chile contra el pueblo de los O’nas o Selk’Namm, todos métodos políticos o jurídicos por los cuales las elites criollas latinoamericanas o de países desarrollados acumularon un capital mercantil para el “desarrollo” de su “visión” de país, de nación. Los etnocidios han ocurrido desde hace mucho tiempo, sin embargo, los actuales discursos jurídicos que se construyen alrededor de ideas libertarias como son la promoción de los derechos indígenas o la protección del medio ambiente, pueden tener fines completamente opuestos a los que “dicen” perseguir.

Actualmente, se busca la protección eficaz del derecho de propiedad de los territorios indígenas. A la caída del Estado de Bienestar y la tutela paternalista hacia los indígenas en el siglo XX, muchos Estados latinoamericanos optaron por

¹⁴² CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 197 – Recomendación 2.

resguardar los derechos de propiedad de los indígenas a través de la imprescriptibilidad, inalienabilidad o inembargabilidad. La titularidad jurídica no protege más los derechos “formales”, es el mercado y la capacidad de sus agentes que doblegan las políticas públicas, los títulos de propiedad, las buenas intenciones. Es por ello que se producen tensiones o conflictos económicos sobre los recursos naturales en los territorios indígenas. La excesiva demanda de Caoba, de minerales como el oro o hidrocarburos como el petróleo o gas tiene como efecto la creación de ofertas o la satisfacción de estas “necesidades materiales” a través de la “razonable” y “sustentable” formas de “desarrollo” contemporáneo. Estos recursos, afortunada o desafortunadamente, están vinculados espiritual o materialmente con los pueblos indígenas en Latinoamérica, a través de la tierra, de su titularidad, de su uso y aprovechamiento ancestral. Es por eso que la protección de derechos humanos en el ámbito americano se hace cada vez pertinente.

En el presente caso, el Estado de Nicaragua otorgaba una concesión forestal a un tercero dentro de territorios indígenas. Este caso fue llevado al seno de la Corte que dictaminó favor de los pueblos indígenas y reconociendo la vulnerabilidad a su derecho de propiedad. Una rápida lectura de la parte resolutive de la Sentencia de la Corte, permite señalar que en ningún momento se reconoce el derecho de propiedad de los recursos naturales de los pueblos indígenas, sino más bien una protección al derecho de propiedad de sus tierras:

“Por Unanimidad,

3. Decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas (...).”

La doctrina jurídica “tradicional” se ha opuesto, desde su corriente liberal política, a un reconocimiento de nuevas formas de propiedad y posesión, sino es las que están en la codificación de nuestro derecho civil. Esta sentencia no señala, además, que el pluralismo jurídico es una buena salida a la intolerancia jurídica tradicional y la irracionalidad de una visión “nacional” que no es más que un sueño fragmentado de nuestras elites políticas.

Bajo la interpretación de esta sentencia, un fin prioritario para el Estado de Nicaragua –y en casos similares para los demás Estados Latinoamericanos–

resguardar prioritariamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los intereses económicos del mercado mundial o nacional, los intereses de los agentes económicos en el comercio de madera, minería o hidrocarburos, etc. El ordenamiento jurídico y sus políticas públicas deben ser guiados por el respeto más básico del derecho liberal moderno, el respeto del derecho de propiedad. Los límites de estos derechos serán fijados por estos ciudadanos, por sus valores y prácticas socio jurídicas, con la mayor autonomía que le otorgan la Constitución, el Convenio N° 169 y el “bien común de la “nación”, teniendo presente el arrebato histórico al cual han sido sometidos:

“Por unanimidad,

4. decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica, donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (...).”.

El multiculturalismo no es lo que imaginan las elites políticas actuales, no es pues justificado sus argumentos de “apartheid” cuando infieren una ciudadanía de dos clases, es decir, cuando ven el peligro que unos pocos tengan más de lo que ellos tienen ahora, limitando ese derecho de propiedad el flujo o la liquidez del capital, la inversión o las expectativas del desarrollo. Es decir, no se busca establecer una ciudadanía diferenciada, pues esta ya existe cuando históricamente pocos tienen acceso a muchos bienes, y muchos tienen acceso a pocos bienes. La cuestión sobre los recursos naturales y el “problema del indio” es más sencilla de lo que parece; no es separatismo o secesión, pues ya existe las identidades fragmentada en las repúblicas bananeras y de los sistemas políticos autoritarios de Latinoamérica-; no es pues el restablecimiento del derecho de igualdad –el costo social o presupuestario sería muy alto para nuestras economías neoliberales-; menos aún, una lucha por la identidad o no dominación, sino por proteger y “administrar” idealmente los últimos bienes que entraran al mercado mundial: los recursos naturales y la diversidad de los conocimientos y prácticas culturales indígenas; al menos por estrategia de mercado, eso deberían planear los Estados de América Latina.

Nada es más contradictorio que la visión de las elites por considerarse una sola nación, nada más irrisorio que reconocer un derecho de propiedad y negarle ese derecho de propiedad a otros, por más complejos que sean sus sistemas jurídicos,

por más incompleto o fragmentado el conocimiento de la sociedad mayoritaria sobre éstos. En el Perú o Nicaragua, Costa Rica o Ecuador, el problema de la titularidad de la propiedad, como dice Hernando de Soto, persiste, “ahora con más razón cuando se quiere aprovechar los recursos naturales mediante el desarrollo sustentable”¹⁴³. Esta sentencia se limita a la propiedad y podremos interpretar pro juris hominum, que se protege una titularidad indígena a los recursos naturales, sin embargo, el problema está en el ejercicio de ese derecho que se quiere limitar o extender, en el uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales, en esa capacidad que se consigue en campos metajurídicos, en lo social, en lo cultural, en la “organicidad política” de estos pueblos.

6.7. LAS CONSTITUCIONES DE PAÍSES ANDINOS

El constitucionalismo andino está marcado por constituciones conservadoras y progresistas en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Como veremos más adelante, las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia tienen un lenguaje constitucional mucho más preciso y descriptivo de ciertos derechos colectivos; la Constitución de Colombia es la que plantea un reconocimiento de liberalismo moderado que incluye la inserción del reconocimiento de la autonomía indígena en la estructura estatal; muy por el contrario la Constitución de Perú no le dedica ningún capítulo especial y es muy parca a considerar algún contenido normativo específico, respondiendo a principios generales, sin institucionalizar la relación del Estado y estos pueblos.

Uno de los criterios de avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es la incorporación y perfeccionamiento de los preceptos convencionales del Convenio N° 169 de la OIT a las Constituciones a través de principios, bienes y derechos colectivos constitucionalizados en un capítulo especial.

Así, entre una serie de matices de tradición liberal conservadora a progresista, vale la pena precisar que estos procesos de reconocimiento de una realidad dada, como es la diversidad cultural y la existencia de los pueblos indígenas, las constituciones andinas han incluido cláusulas constitucionales por las cuales se pueden interpretar y limitar los derechos reconocidos a favor de estos pueblos. En

¹⁴³ DE SOTO, Hernando, *El Misterio del Capital. Por Qué el Capitalismo Triunfa en Occidente y Fracasa en el Resto del Mundo*, Lima, Editorial El Comercio, 2000, p. 5.

consecuencia, vale detenerse en el marco constitucional por el cual se podrán interpretar y aplicar estos derechos, es decir, desde el espíritu de estas constituciones, desde su carácter teleológico, su última finalidad.

En el caso de Colombia, se denota de su lenguaje constitucional, “la cultura es un fundamento de la nacionalidad colombiana”. Además, de una profunda motivación por construir una democracia participativa, es pues dentro de la construcción constitucional liberal, donde se reconoce un valor de la comunidad, su identidad, su cultura como relación entre varios o todos los miembros de dicha comunidad. Bajo esa perspectiva, la implementación del derecho a la consulta previa, o el rol de protección que ha cumplido la Corte Constitucional de Colombia, especialmente en casos de protección externas o ponderar positivamente el ejercicio de derechos colectivos como la administración de justicia indígena sobre derechos individuales, la fundamentación constitucional ha posibilitado en más de 20 años que los derechos colectivos de los pueblos indígenas tengan un mayor asidero normativo y político.

La Constitución de Colombia de 1991 (reformada en el 2001) señala en su artículo 7 (Título I “De Los Principios Fundamentales”), que *el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*. Es decir, distinto al caso de Bolivia y Ecuador, existe una obligación política de reconocimiento del Estado Colombiano frente a los grupos étnicos y culturales colombianos, que son parte de la “nación política colombiana”. En cierta manera, este articulado es una fórmula salomónica entre el multiculturalismo y los presupuestos del nacionalismo que trata de materializar el ideal colombiano de Estado-Nación. La preconcepción normativa de los Estados nacionales criollos no significa poblaciones nacionales homogéneas.

Ciertamente, Colombia es, constitucionalmente, una nación multicultural y poliétnica, haciendo una clara referencia una de estas dos características o ambas a los pueblos indígenas que forman parte de la “nación colombiana”. Esta disposición refleja el modelo de principio definitorio de una nación política latinoamericana. El tradicionalismo criollo ha sido reemplazado mediante la fórmula del *melting pot*, es decir, la constitución de una nacionalidad mediante el sustento del mestizaje de “razas”, forjando el patriotismo (lealtad al Estado) en los distintos grupos culturales, y teniendo en común estos últimos ser parte de la “nación”. Así, la crítica de Zizek toma forma en este precepto constitucional al afirmar que el multiculturalismo ejerce

un “punto vacío de universalidad” (reconocimiento y protección constitucional), respetando la diversidad cultural, no obstante, apreciando la identidad de los pueblos indígenas como una parte del todo -de la supuesta “nación colombiana”- y no como sujeto social o de derecho.

La interpretación constitucional sobre los pueblos indígenas que realiza la Constitución de Venezuela es interesante, desde lo formal, con respecto al reconocimiento de la diversidad cultural de su sociedad. La Constitución de 1999 es singular por establecer la idea de nación venezolana y el reconocimiento de la diversidad cultural en su Preámbulo:

“El pueblo de Venezuela (...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley (...)”.

La Constitución de Venezuela es una de las más “progresistas” en el área andina, reconociendo, en el Capítulo VIII, derechos colectivos de los pueblos indígenas y de sus “comunidades”. A pesar de que el preámbulo de la constitución menciona el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad, después esta constitución incurre, como es el caso de Colombia y Perú, en la construcción de una nación política venezolana (art. 126). Asimismo, dada la amplitud de derechos colectivos de los pueblos indígenas que se reconocen, similar al caso de Ecuador, el constitucionalismo venezolano, arropado con un multiculturalismo liberal, logra concordar los derechos colectivos (derechos de grupo) de manera más clara que otras constituciones latinoamericanas.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros en Ecuador reconocidos constitucionalmente ya expresan otro lenguaje multicultural. Ecuador es uno de los países andinos que ha adoptado una constitución progresista en cuanto a la protección de los derechos humanos se refiere. Dejo de lado una normativa tuitiva e ineficaz de protección de las comunidades campesinas e indígenas, para adoptar disposiciones constitucionales especiales sobre los pueblos indígenas como sujetos de derecho colectivo.

La discusión sobre la diversidad en Ecuador está fuera de lugar con la nueva Constitución de 2008. Después de un proceso político álgido y complicado, la Asamblea Constituyente, impulsada por el gobierno de Correa, elaboró una nueva

Constitución y se logró la aprobación vía referéndum de la norma fundamental en septiembre de 2008. En esta nueva Constitución ya se asegura que Ecuador es una sociedad multinacional, precisando aún los avances de la anterior Constitución de 1998¹⁴⁴:

“Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

Sin embargo, el nivel debate multicultural está interesado en definir el tipo de diversidad cultural ecuatoriana. En el ámbito dogmático jurídico constitucional, Ecuador está obligado a profesar un criterio de multinacionalidad, que va mucho más allá de una parca visión de pasividad de la formulación de sus políticas públicas, en la composición de la administración estatal y en el ejercicio del poder político. Asimismo, esta situación, a pesar de la capacidad política del movimiento indígena en Ecuador, su tomar conciencia y autodefinirse como nacionalidades, y el reconocimiento de los derechos colectivos a estos pueblos, podría impedir en el futuro la manifestación de distintas formas de discriminación contra ciertas prácticas ancestrales de colectivos humanos, no aceptadas aún por parte de la cultura societaria imperante.

Si bien es cierto que el Estado ecuatoriano adopta la interculturalidad como modelo político de Estado y, tal como dice Trujillo, “reconoce en la diversidad social la multinacionalidad de sus habitantes como principio constitucional y característica fundante del propio Estado”¹⁴⁵, este criterio de interpretación constitucional puede ser modificado o adaptado a presupuestos liberales al restringirse o limitarse los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de otros grupos culturales. Sin embargo, la multinacionalidad exigirá medidas concretas y problemas a resolver de manera mucho más eficaces, donde el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas sus derechos colectivos, aunque ello este condicionado a los presupuestos

¹⁴⁴ Así, en el Título I (“De Los Principios Fundamentales”) de la anterior Constitución de Ecuador -11 de agosto de 1998-, decía lo siguiente: “Artículo 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, Democrático, *pluricultural* y *multiétnico*. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”.

¹⁴⁵ TRUJILLO, Julio César *et al.*, *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2001, p. 37-9.

ideológicos de la cultura societaria dominante a través de la Constitución, la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos. Estos límites (reglas formales y no formales) muestran la tensión entre el “asimilacionismo liberal” y el principio constitucional de la pluralidad cultural.

Con la reciente aprobada Constitución de Bolivia de 2009, se ha convertido en un pueblo, en un Estado de carácter “multiétnico y pluricultural” a un Estado “intercultural, de naciones y pueblos indígenas originarios”, cuestión que no define exactamente si es un país multinacional o simplemente multicultural, lo cierto es que Bolivia se convierte en un caso muy particular, similar al caso español, donde existe una nación política y subnacionalidades culturales o pueblos. Y se hace necesario leer entre líneas el marco normativo constitucional y señalar las contradicciones en cuanto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

“Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (...).”

“Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

Estos artículos definen al Estado y nación boliviana como intercultural y en la cual se albergan diversas comunidades (naciones, pueblos, etc). Supera finalmente la especial tutela a la *diversidad racial*, aunque el artículo 3 nos manifiesta algo más: la tensión político constitucional entre la noción de un Estado o nación boliviana (unitario) y su característica pluricultural.

Así, la interculturalidad o reconocimiento de naciones o pueblos originarios, aspecto genérico de la realidad boliviana, tiene sentido y relevancia jurídica como criterio interpretativo de los presupuestos constitucionales y de las decisiones políticas. Aunque, esta interculturalidad puede convertirse en un eufemismo del Estado boliviano, es decir, de una forma que se asimila a la idea de “nación política” y a los principios liberales de justicia e igualdad. Sin embargo, esta Constitución se distancia de su predecesora y rompe con la tendencia de monoculturalizar la sociedad boliviana a través de la regulación normativa legal de los derechos colectivos a la tierra, de los recursos naturales, del régimen de comunidades indígenas, de la instrumentalización de la justicia indígena como un medio alternativo de solución de conflictos, negando el reconocimiento de un derecho colectivo a la consulta y

participación política indígena en el poder ejecutivo, legislativo, judicial y en la administración pública en general, negando el uso de la lengua aymara o quechua como lenguas de la administración estatal. Evidentemente esta es una Constitución por la cual necesitamos detenernos a estudiar mucho mejor sus disposiciones.

6.8. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL ANDINO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

La tendencia actual del constitucionalismo latinoamericano –siguiendo la tendencia multiculturalismo-, especialmente en la región andina, es el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas. La trunca reforma constitucional peruana del año 2003 consignaba un nuevo régimen constitucional y legal para que los pueblos indígenas se constituyan como sujetos de derecho en el sistema legal peruano. Sin embargo, la tendencia es a reconocer la legitimidad de los derechos de estos pueblos por lo siguiente:

1. El origen anterior de los pueblos indígenas al Estado de los países andinos;
2. Las prácticas constantes de los pueblos indígenas que se constituyen en un sistema normativo;
3. El reconocimiento del “status jurídico” de pueblos indígenas por el derecho internacional de los derechos humanos -especialmente el Convenio N° 169-;
4. La necesidad de proteger a los pueblos indígenas que se encuentran en estado de indefensión como son los pueblos indígenas no contactados o en aislamiento y en contacto inicial;
5. La capacidad de la organización social y política de los pueblos indígenas que permite el desenvolvimiento de su autonomía, participación en los ámbitos nacionales, regionales y locales del Estado peruano y demás derechos colectivos (a la tierra y territorio; administrar y conservar recursos naturales; la cultura, identidad y educación; a la personería jurídica, a la administración de justicia; participación política y la consulta); y,
6. La voluntad política de estos pueblos de participar en la nación política andina de Perú, Ecuador, Bolivia, Venezuela y Colombia, tanto en su poder constituyente (Constitución) como en su poder constituido (poderes del Estado).

Estos principios nos proporcionan una serie de conclusiones interesantes con respecto al reconocimiento y protección de los pueblos indígenas, más aún cuando se encuentran en estado de indefensión constante, ya sea político, histórico, social, etc, especialmente el jurídico social. La tendencia hacia un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se ve ensombrecida por las distintas fórmulas constitucionales de los países andinos que esconden una intención de monoculturalizar mediante los derechos fundamentales (Perú), la Constitución o la ley (Colombia, Bolivia y Venezuela), a los pueblos indígenas que no pertenecen a la cultura societaria imperante.

CUADRO 14 CLÁUSULAS NORMATIVAS MONOCULTURALES DE LAS CONSTITUCIONES ANDINAS

Países	Idea Sociedad mayoritaria	Reconocimiento de la diversidad cultural		Cláusula de concordancia constitucional
Bolivia	Nación	Multinacional	Intercultural	Constitución y ley (art. 31)
Colombia	Nación	Diversidad étnica	Diversidad Cultural	Constitución y ley (art. 330)
Ecuador	Nación	Multinacional	Pluricultural	Constitución y ley (art. 57, inciso 7)
Perú	Nación	Pluriétnico	Pluricultural	Derechos Fundamentales (art. 149) y ley (art. 89)
Venezuela	Nación	Multiétnico	Pluricultural	Constitución y ley (art. 119)

Fuente: elaboración propia

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son parte esencial de su “constitución” como entidad colectiva, como comunidad, y los límites que se le imponen desde decisiones externas, hacen necesario un mejor sistema de reconocimiento de las protecciones externas (nuevos derechos colectivos). Los límites sólo podrían establecerse si los pueblos indígenas deciden ello, si el Estado liberal andino toma la forma de un Estado pluricultural (Perú, Colombia y Venezuela) o multinacional (Ecuador y Bolivia) y se decide establecer políticas públicas que generen la complementariedad de los derechos individuales a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y fomenten en los pueblos indígenas un tomar conciencia colectiva y una organicidad política, cuestión esencial para ejercer la titularidad de sus derechos comunitarios.

CUADRO 15 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS PAÍSES ANDINOS

Contenido del Derecho	Bolivia (2009)	Ecuador (2008)	Venezuela (1999)	Colombia (1991)	Perú (1993)
Marco constitucional	Artículo 1, Artículo 3	Artículo 1	Preámbulo	Artículo 7	Artículo 2, Inciso 19
A la personería jurídica	Artículo 30, I	Artículo 56	Artículo 119	No reconocido	Artículo 89
A la cultura, identidad y educación	Artículo 2, Art. 5, I Artículo 57	Artículo 56, Artículo 58	Artículo 121, Artículo 122	Artículo 68	Art. 2, inc. 19. Artículo 17, Artículo 89
A la autonomía política, económica y social	Artículo 2, Art. 30, I	Artículo 57, Artículo 59	No reconocido	Art. 1, art. 286, Art. 287, Art. 330	Artículo 89
A la jurisdicción	Artículo 190	Art. 57, 10 Art. 171	Artículo 260	Artículo 246	Artículo 149
A la consulta y participación	Arts. 30, 15 y 16	Artículo 57, 7 y 17	Artículo 120	Art. 329, Art. 330	No reconocido
A la tierra y a un territorio	Artículo 30, 4 y 6	Art. 57, 4-5 Artículo 60	Artículo 119	Artículo 63	Artículo 89
A administrar recursos naturales	Art 30, II, 15, 16, 17	Artículo 57, 6 7 y 8	Artículo 120	Artículo 330	No reconocido

Fuente: elaboración propia

Por otro lado, después de veinte años de adoptado el Convenio N° 169 de la OIT, no se han promulgado normas suficientes que adecuen la legislación nacional de los países andinos a los principios que emanan de este tratado internacional, produciéndose, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio N° 169 de la OIT, que podríamos identificar como las siguientes:

1. Dejando de lado las normas en materia ambiental y de educación intercultural, existen muy pocas normas que se inspiran y se puedan considerar normas de desarrollo de los principios del Convenio N° 169 en el derecho nacional, lo que evidencia el grado de desinterés del Estado por aplicar dicho tratado internacional y reconocer los derechos de los pueblos indígenas. A excepción de Venezuela, Ecuador y Bolivia, Perú y Colombia aún necesitan desarrollar esta normativa.
2. Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio N° 169 de la OIT, fundamentales para mejorar la situación de desigualdad en que se encuentran estos pueblos, o no son regulados por el derecho nacional de los países andinos (Perú), o los han absorbido al aparato estatal (Colombia), son instrumentalizados para cumplir otros fines (Venezuela), por ejemplo, para hacer prevalecer el aprovechamiento de los recursos naturales a favor de terceros,

desconociendo el derecho que tienen las comunidades sobre los mismos; o recién han comenzado a integrar estos derechos como verdaderos fines normativos (Ecuador y Bolivia).

3. No se han formulado en las políticas públicas, las funciones y las obligaciones de los Estados para el cumplimiento del Convenio N° 169 por lo que hace difícil su cumplimiento. A excepción de Ecuador y Bolivia que han comenzado a constitucionalizar varios principios y derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, aún falta mucho por definir en la coherencia normativa de este proceso de reconocimiento. Venezuela y Colombia siguen el mismo camino, sin embargo, Perú aún no ha hecho nada por cambiar a esta tipo de políticas de reconocimiento.
4. No existe una institución participe de la Organización Internacional del Trabajo (gremio empresarial, representación estatal o sindicato de trabajadores) que se encuentre interesada en promover el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT en los países andinos. Actualmente, no existe una institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos asumir hasta la fecha.

En consecuencia, queda claro que, pese a que el Convenio N° 169 de la OIT es parte del derecho nacional de cada país andino y que, por lo tanto, debe ser cumplido como cualquier otra ley ordinaria, algunos países como el Perú están incumpliendo este tratado internacional, otros acaban de integrarlo a nivel constitucional (Venezuela, Ecuador y Bolivia) y otros se inspiraron en este para elaborar modelos mucho más propios (Colombia).

Asimismo, podemos encontrar otras figuras jurídicas en el proceso de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas:

1. Reconocimiento del derecho de “territorialidad indígena”, que implica más allá de un derecho de propiedad de las tierras, dar preferencia y derecho excluyente de acceso a los recursos naturales a estos pueblos indígenas. No se aplica el derecho a la administración de los recursos naturales de los pueblos indígenas como una facultad de decisión y participación en la gestión de los recursos

naturales del suelo y subsuelo, reduciéndolo en la práctica a mecanismos legales de carácter informativo sin poder de decisión.

2. Necesidad de instrumentalizar como procedimiento especial el derecho de consulta libre, previa e informada para que los pueblos indígenas den su consentimiento a los actos legislativos o administrativos que los afecten, a actividades extractivas dentro de sus tierras-territorios, más allá de las audiencias de presentación de estudios de impacto ambiental o talleres informativos en los cuales se ejerza plenamente este derecho.
3. Falta de una institucionalidad estatal que tutele el derecho a la consulta dentro del proceso de otorgamiento de derecho a terceros, especialmente en la realización de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales.

No existen mecanismos de prevención, protección y sanción para ingresos no autorizados por el Estado en tierras-territorios de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, vulnerando sus derechos a la vida, salud, etc.

Sin embargo, debido al alto precio de los combustibles y a la decreciente acumulación de reservas de hidrocarburos a nivel mundial, países como los de América Latina, han intensificado la implementación de políticas energéticas, infraestructura o de aprovechamiento de recursos naturales en ámbitos que prestan servicios ambientales para la humanidad y espacios que se configuran como territorios de pueblos indígenas que no han mantenido contacto alguno, hasta ahora, con los estados nacionales y sus sociedades. Estos pueblos son conocidos como “aislados” (Brasil), “en aislamiento” (Perú), “en contacto inicial” (Brasil, Perú), “ocultos” (Ecuador) o simplemente “no contactados” (Bolivia), como si el año 1492 no hubiera pasado por ellos.

Obviando esta realidad, se aprecia a la Amazonía como una opción donde realizar este tipo de actividades extractivas, sin considerar criterios éticos, de derechos humanos, técnico biológicos y legales en espacios de conservación de especies y de pueblos altamente vulnerados. Los bosques amazónicos son espacios ricos en biodiversidad con población autóctona milenaria –muchos de ellos sin contacto con las sociedades nacionales andinas-, y que prestan un gran servicio ambiental al mundo, la captura de dióxido de carbono en oxígeno. Estos bosques se ven amenazados por la tala ilegal de madera, el narcotráfico, la colonización agrícola, los

biocombustibles, la ausencia de los Estados y medidas de control del uso de recursos naturales, afectando no sólo directamente a ese ecosistema, o a la población indígena que ahí habita, sino también la capacidad de brindar un servicio ambiental como es la purificación del ambiente y reducir los efectos del “Cambio Climático”. Países como Ecuador, Bolivia, Perú o Brasil no han tenido consideración en implementar una política incoherente de promoción de las inversiones de actividades extractivas o de infraestructura en la Amazonía, afectando ámbitos de conservación como áreas protegidas, derechos preexistentes y otros espacios como son los territorios para pueblos indígenas aislados.

Este acápite presentará la situación de indefensión de los derechos de los pueblos indígenas aislados, un nuevo sujeto de derecho que nos permita considerar nuevas categorías jurídicas que trastocan una visión liberal y tradicional de los derechos humanos, además del papel del Estado en la protección de los derechos humanos de estos pueblos y de los habitats en los cuales ellos viven, espacios con los cuales mantienen una interdependencia histórico y material, tornándolo en un sujeto de derecho colectivo sui generis: “indeterminado en su titularidad, determinable en su subjetividad”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Podríamos utilizar el argumento analógico del derecho a favor de los pueblos indígenas aislados. Además del principio de progresividad de los derechos humanos, podemos considerar que la analogía nos permita entender que existen una “multitud de seres, general, y de supuestos de la realidad, respecto al mundo jurídico”, es decir, que bajo este fundamento ontológico podemos comprender y extender una tutela y protección necesaria hacia pueblos indígenas, personas, sujetos de derecho que no han sido determinados pero que son determinables.

CAPÍTULO TERCERO

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

El presente capítulo permitirá comprobar las hipótesis presentadas en nuestra investigación desde el punto de vista lógico jurídico. En primer lugar cuales son las formulas constitucionales con que se reconocen los derechos de los pueblos indígenas; si existen mecanismos adecuados de protección que aseguren la vigencia de estos derechos; si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ajusta a los parámetros conceptuales y estándares internacionales de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y finalmente si las normas legales que recogen estos derechos (en comunidades campesinas y nativas, pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y en consulta previa, libre e informada) son contradictorias con la visión de desarrollo de actividades extractivas.

- 1. HIPÓTESIS PRINCIPAL “LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA VISIÓN POLÍTICA NORMATIVA DE LA EXTRACCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN TIERRAS INDÍGENAS SE EXPRESA EN UNA RESTRICCIÓN DE DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO, EN LA LEGISLACIÓN DE COMUNIDADES, CONSULTA PREVIA Y DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL”.**

1.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber consignado la información antes expuesta sobre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas en el texto constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas legales

y en el derecho internacional, así como la utilización del marco conceptual sobre Constitucionalismo Multicultural (“reconocimiento de la diferencia cultural”) y el marco político legal de promoción de inversiones extractivas, se acepta la siguiente Hipótesis General:

“El reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas está restringido por la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales”.

Dicha hipótesis tiene la siguiente afirmación:

“La incorporación constitucional de derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993 y en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, así como el marco legal vigente ha sido restringida por la visión política y normativa de desarrollo de actividades extractivas en las tierras indígenas”.

Esa conduce a su vez a la siguiente predicción:

“Solo si se incluye una completa incorporación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional y legal, y se aclara su relación con la regulación sobre los recursos naturales, esto podría solucionar los vacíos y las tensiones normativas producidas a través de los años, tanto por la interpretación constitucional, como por su aplicación a nivel legal, permitiendo un ejercicio pleno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sus propias tierras”.

Para llegar a esta predicción se consideran las siguientes variables:

1. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de 1993 y en las Sentencias del TC sobre derechos indígenas.
2. Régimen Legal de Comunidades Campesinas y Nativas.
3. Régimen de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial.

4. Ley de Consulta Previa.

1.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Para la comprobación de la hipótesis general, hemos tenido que elaborar 4 hipótesis específicas por cada una de las variables, estableciendo indicadores de medición de carácter nominal, siendo excluyente los resultados, los cuales nos pueden señalar si efectivamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el derecho nacional, son restringidos por la visión de desarrollo de las actividades extractivas en los Andes Amazonía. En ese sentido, a continuación el desarrollo de contrastación de cada una de las hipótesis.

2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1 “LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS PRINCIPIOS DE LAS INVERSIONES EN EL SECTOR EXTRACTIVO EN TIERRAS INDÍGENAS SE EXPRESAN EN LA LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA Y AL ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SUS TIERRAS”.

2.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber consignado la información antes expuesta sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en el texto constitucional, así como la utilización del marco conceptual sobre Constitucionalismo Multicultural (“reconocimiento de la diferencia cultural”), se acepta la siguiente Hipótesis Específica 1:

“El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas se ve limitado por principios de las inversiones en el sector extractivo”.

Dicha hipótesis tiene la siguiente afirmación:

“La incorporación constitucional de algunos derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993 y a través de las Sentencias del Tribunal

Constitucional es limitada por el parco reconocimiento constitucional de estos derechos, las limitaciones a la propiedad comunal y la primacía de la soberanía de los recursos naturales en tierras indígenas”.

Esa conduce a su vez a la siguiente predicción:

“Solo si se produce un debate y reflexión constitucional que permita una correcta integración entre un catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas a nivel constitucional con los demás principios y bienes jurídicos de la Constitución de 1993 y de lo interpretado por el TCP, se podrán eliminar tanto las antinomias como vacíos de coherencia, interpretación y aplicación constitucional”.

Para llegar a esta predicción se consideran las siguientes variables:

1. Clausulas Constitucionales de derechos de pueblos indígenas.
2. Convenio 169 como parte del bloque de constitucionalidad.
3. Regulación de la propiedad comunal.
4. Primacía de la soberanía de los recursos naturales.

2.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Para la comprobación de la hipótesis específica 1, hemos tenido que identificar 4 variables, estableciendo indicadores de medición de carácter nominal, siendo excluyente los resultados, los cuales nos pueden señalar si efectivamente los principios jurídicos de la Constitución de 1993 relacionados a la regulación de los recursos naturales, específicamente aprovechamiento de los mismos en el sector extractivo, limitaron el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, a continuación el desarrollo de cada contrastación de cada una de los indicadores.

2.2.1. DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

2.2.1.1. CONSTITUCIÓN PARCA Y CONVENIO 169 EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Mac Farland señala lo siguiente sobre la Constitución de 1993:

“La Constitución de 1993, vigente en la actualidad, producto del Congreso Constituyente Democrático elegido en el primer periodo de gobierno de Alberto Fujimori, quiso *legitimar* el golpe de Estado de 05 de abril de 1992 abordando una serie de reformas políticas y normativas centradas en configurar el nuevo rol del Estado en la sociedad y en el mercado”¹⁴⁷.

Siendo el Estado el encargado de gestionar eficientemente el “gasto social”, la promoción de la inversión privada y limitando su participación en las actividades extractivas.

Así, a diferencia de las Constituciones de 1979, 1933 y 1920, la Constitución de 1993 se inclinó por la reducción del rol del Estado privilegiando el papel de la empresa en el desarrollo de la economía peruana mediante el modelo constitucional de “economía social de mercado” (art. 58° de la Constitución de 1993). La economía social de mercado es el modelo económico que adoptó el Estado peruano, resultado de la síntesis entre las recetas macroeconómicas del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, y la preocupación por eliminar la pobreza sin reducir los programas públicos de gasto social. Así, si bien el rol del Estado se reducía a promover las inversiones, aún mantenía su rol en los programas de asistencialismo social.

¹⁴⁷ MCFARLAND SANCHEZ-MORENO, María, “When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru”, New York International Law and Politics Review, vol. 33, n° 561 (2001), p. 255.

Cuadro 16 Comparativo de Derechos Indígenas en Constitución de 1979 y 1993

Derechos	Constitución de 1979	Constitución de 1993
Reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades y de su autonomía Cláusula Constitucional de límite legal. Respeto de la identidad cultural de las comunidades	“Artículo 161. Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes”.	“Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. (...) El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.
Promoción del desarrollo integral de las comunidades	“Artículo 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas”.	No existe precepto constitucional al respecto.
Protección de la propiedad comunal Clausula Constitución de los límites legales de la propiedad Supuesto de pérdida de tierras por abandono.	“Artículo 163. Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables , salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad”.	“Artículo 89°. (...) La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior (...)”. “Artículo 88°. (...) Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

Fuente: elaboración propia.

La Constitución de 1993 rompe con este esquema de garantías y derechos, con ello afectando su tratamiento constitucional sobre los pueblos indígenas en cuanto a la propiedad se refiere. Es cierto que el artículo 149 plantea una nueva frontera de reconocimiento de los derechos indígenas, especialmente a lo que administración de justicia se refiere, especialmente por el nivel de coordinación entre organizaciones de justicia se refiere, sin embargo, los retroceso en cuanto a la tierra, el asunto se volvería gravoso para estos pueblos. Es el espíritu de la Constitución de 1993, un nuevo enfoque con respecto a la visión del Estado y de la sociedad, dando un tratamiento a los temas económicos y a los recursos naturales –ambos elementos relacionados de manera directa con los derechos de los pueblos indígenas- de carácter ya neoliberal, y por lo tanto, menos garantista de los derechos de estos pueblos.

El artículo primero de la Constitución de 1993 señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo que según el nuevo planteamiento neoliberal adoptado por la Constitución sólo es posible a través del ejercicio de la libertad política, social y económica en el mercado, promoviendo las inversiones, liberalizando los recursos naturales ya no como bienes comunes, sino como bienes dentro del mercado, reduciendo derechos y eliminando trabas legales que limiten el aprovechamiento de recursos naturales por parte de terceros.

Estos importantísimos cambios constitucionales afectaron directamente a los pueblos indígenas y especialmente a las comunidades nativas asentadas en la amazonia, y a las campesinas asentadas en su mayoría en la zona andina del Perú, ya que con la nueva Constitución se da un tratamiento muy ineficaz a los derechos de estos pueblos al permitir la aparición de toda una serie de deficiencias en cuanto a la tutela jurídica de sus derechos por la ambigüedad, imprecisión y debilidad de la formulación de esos derechos a nivel constitucional; lo que ha posibilitado un desarrollo legal posterior mucho menos garantista, aún, que el constitucional que reducirá en la práctica el alcance de estos derechos constitucionales.

La Constitución de 1993 perdió además una oportunidad histórica para salvar estas ambigüedades a la hora de regular los derechos de los pueblos indígenas al no recoger claramente en su texto las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT¹⁴⁸, suscrito por el Perú en el mismo mes y año en que se aprobaba y promulgaba la Constitución, en diciembre de 1993. Y es que coincidiendo plenamente con el debate de la Constitución, el Congreso Constituyente Democrático peruano aprobó –sin mayor debate– la suscripción del Convenio 169, y será después de la ratificación de la Constitución de 1993 (31 de octubre de 1993) y de su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1993), cuando se ratifique el Convenio 169 (02 de febrero de 1994), sin ninguna discusión integral sobre el tema de los derechos de los pueblos indígenas, abriendo así la posibilidad a que el legislador ordinario, y otros operadores jurídicos, tuvieran mayor discrecionalidad a la hora de interpretar y aplicar estos principios, así como en el momento de regular estos derechos y reglamentar las actividades extractivas mediante la legislación nacional posterior.

¹⁴⁸ Tratado internacional de derechos humanos más importante en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, aprobado por la Resolución Legislativa N° 26253, el 02 de diciembre de 1993, ratificado el 02 de febrero de 1994 y vigente para el Perú a partir del 02 de febrero de 1995.

Por otro lado, el Convenio 169 se ha incorporado al bloque de constitucionalidad y reconoce un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos derechos encontramos los siguientes:

1. Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),
2. Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4);
3. Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);
4. Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6),
5. Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7);
6. Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho [consuetudinario], instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);
7. Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);
8. Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat (arts. 13-19);
9. Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25);
10. Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31);
11. Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32).

La Constitución de 1993 cuenta con un total de 206 artículos, de los cuales sólo dos están referidos directamente a comunidades nativas y campesinas, y otros cuatro podemos interpretar que se aplican a estos pueblos. En nuestro estudio nos centraremos particularmente en tres artículos que hacen referencia a los derechos de las comunidades campesinas y nativas: el artículo 88 sobre propiedad comunal; el

artículo 89 que matiza las características de la propiedad comunal; y el artículo 66 referido a la titularidad del Estado y al acceso al uso sobre los recursos naturales.

Como podemos en los siguientes cuadros, el avance constitucional sobre derecho de los pueblos indígenas en los últimos años es bien complejo, campo de disputa y tensiones, y a nivel legal, este reconocimiento está relacionado al derecho de los pueblos indígenas y el derecho al de la propiedad, y a la consulta previa, libre e informada.

CUADRO 17 Derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución de 1993

Derechos de los Pueblos Indígenas	Perú (1993)
Marco constitucional (derecho fundamental de identidad)	Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: (...) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.
Derecho a la personería jurídica	“Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas (...)”.
Derecho a la cultura, identidad y educación	“Art. 17. (...) El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”. “art. 89. (...) El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”
Derecho a la autonomía política, económica y social	“ Artículo 89° . Las Comunidades Campesinas (...) Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece (...)”.
Derecho a la jurisdicción	“Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.
Derechos a la consulta y participación	No reconocido a nivel constitucional, su inclusión es por el Convenio 169 dentro del Bloque de Constitucionalidad
Derecho a la tierra y a un territorio propio	“ Artículo 89° . (...) La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior (...)”.
Derecho a administrar recursos naturales	No reconocido a nivel constitucional, su inclusión es por el Convenio 169 dentro del Bloque de Constitucionalidad

Fuente: elaboración propia

El acuerdo internacional más importante en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es este “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (N° 169 de la OIT). Así, a pesar que este Convenio no es el instrumento más específico para proteger los derechos colectivos

de los pueblos indígenas, hasta la actualidad, ha sido el germen de los intentos de positivación de estos derechos, así como la base de estudio para la compatibilidad de estos con los programas políticos de organismos internacionales y con las políticas y los intereses de los Estados.

Los cuestionamientos a la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas se han centrado en dos principales argumentos: el primero, estos derechos no son reconocidos en un tratado internacional que tiene carácter vinculante para el Estado peruano, y en todo caso, que así lo fuera, no son de cumplimiento inmediato; y segundo, que estos derechos reconocidos para los pueblos indígenas, no son derechos humanos, y por tanto se puede relativizar su cumplimiento a través del derecho nacional.

La fundamentación de la primacía formal y de fondo del Convenio 169 sobre la legislación nacional es de radical importancia frente a los problemas de implementación entre los países que no lo han incorporado en sus políticas estatales y sus legislaciones nacionales. La primacía formal y de fondo del Convenio 169 sobre la legislación nacional peruana responde a los principios de jerarquía de las normas señaladas en la Constitución Política de 1993.

Landa afirma sobre los tratados de derechos humanos, que “al regular una materia de nivel constitucional, tienen por su contenido material un nivel suprallegal, es decir de carácter constitucional”¹⁴⁹, y por tanto, a pesar de que la Constitución de 1993 le quite el rango constitucional a los tratados derechos humanos que le otorgó la Constitución de 1979, estos tratados mantienen esa jerarquía normativa por tener fuerza normativa constitucional.

En ese sentido, esta primacía en cuanto a una fundamentación formal viene ligada a que el Convenio 169 prevalece sobre cualquier disposición legal peruana previa o posterior. Esto se debe a que según la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 -tratado internacional que forma parte del derecho nacional peruano-, señala que un Estado Parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ratificado. Asimismo, todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por estas de buena fe, es decir, es una obligación del Estado hacer prevalecer los tratados internacionales cuando entran en conflicto con cualquier

¹⁴⁹ LANDA, César, “Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, en *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), 16 (jul.-set.) 1998, p. 7.

disposición de las normas jurídicas internas de un Estado. El artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala lo siguiente:

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

En consecuencia, el Convenio N° 169 de la OIT prima sobre cualquier norma de legislación especial, como serían las legislaciones sobre industrias extractivas (minería, hidrocarburos, forestales) o en temas de conservación como la regulación de áreas protegidas, en cuanto se desarrolle el supuesto que éstas limiten el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas, específicamente, en el derecho de aprovechamiento de recursos naturales.

Desde un sentido formal, los tratados internacionales ocupan un rango normativo, un espacio de vigencia y una dimensión de eficacia según la norma interna que la aprueba. Muchos tratados internacionales tendrían rango de Decreto Supremo por ser aprobados por el Presidente de la República. El art. 57 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

“Artículo 57°. *El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente.* En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste”.

Sin embargo, su oponibilidad o eficacia va más allá de las reglas generales y ordinarias que se aplican a las normas nacionales (jerarquía, tiempo, especialidad) según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Ley N° 26647 y la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La Ley N° 26647 que “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, señala en su art. 3° lo siguiente:

“Artículo 3.- Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdos al artículo precedente.

La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular”.

Por otro lado, la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala en su art. 20° lo siguiente:

“Artículo 20.- Mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad regulado en este Título, el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución; y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, las siguientes normas que sean impugnadas:

(...)

4. Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57; (...).”

En consecuencia, no es esencial que el Convenio 169 haya sido ratificado por el Perú antes o después de la puesta en vigencia de la legislación especial interna, ya sea a través de una ley o una norma de inferior jerarquía, lo cierto es que sus efectos son vinculantes para el Estado peruano más allá de las contradicciones con la legislación especial, quedando estas derogadas o –en el caso de una contradicción total de sus contenidos regulatorios-, integradas –cuando la norma de la legislación nacional se torna un complemento de la norma internacional-, o según lo señale una autoridad jurisdiccional, inaplicables –para el caso concreto, la norma de la legislación nacional no se aplica y se aplica el tratado internacional en toda su extensión-.

Otra fundamentación de la primacía del Convenio 169 sobre la legislación especial interna está relacionada a cuestiones de fondo o a la naturaleza jurídica de estos derechos. Antes que nada, el Estado peruano a través del Convenio 169 reconoce derechos previos a los pueblos indígenas, derechos históricos que podrá reconfigurar a través de la legislación especial, no obstante, no podrá desconocer.

Un argumento en contra de la fuerza vinculante del Convenio 169 es su texto. La capacidad de interpretar como cumplir el Convenio 169 de los Estados ratificadores se ve reflejado en frases condicionales como: “En la medida en que ello sea compatible” (art. 9); “(...) siempre que sea posible” (art. 15); etc., que si son interpretadas al lado de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente“, podrá entenderse el carácter programático de estos derechos, es decir, que su eficacia no es inmediata. Lo que cabe contra esta argumentación y cualquier análisis poco profundo es la interpretación integral “pro juris hominum” señalado en la doctrina de los derechos

humanos y en el propio artículo 3° de la Constitución Política del Perú y su Cuarta Disposición Final y Transitoria:

“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

“Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Los derechos de los pueblos indígenas son exigencias sociales positivizadas, es decir, demandas vinculantes jurídicamente para el Estado peruano como es el caso de los derechos humanos. En ese sentido, si bien la redacción del Convenio 169 es flexible o permeable en cuanto a las obligaciones estatales, de su texto emanan derechos que son de estricto cumplimiento por los países suscriptores, obligándose a incorporar en su legislación las disposiciones y principios de este tratado internacional.

Cabe acotar que la situación de la formulación del texto ha producido una serie de interpretaciones que debilitan la creación de un marco normativo de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. La capacidad de interpretar como cumplir el Convenio 169 se conjuga con la interpretación al lado de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. Sin embargo, como se señaló anteriormente, lo que cabe en contra de esta argumentación y cualquier análisis poco profundo es la interpretación integral “pro juris hominum” señalado en la doctrina de los derechos humanos y en el propio artículo 3° y la Décimo Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

Otro fundamento más es que el Convenio 169, como tratado internacional de derechos humanos, tiene carácter constitucional. Debe dejarse en claro que la Constitución integra a las normas internacionales al derecho nacional dentro del sistema jerárquico de normas (“Pirámide Normativa de Kelsen”), siguiendo la teoría monista de integración constitucional (arts. 51°, 55° y 200° inc. 4). En el caso de los tratados de derechos humanos, éstos se aprueban por el procedimiento legal, por lo que tendrían formalmente rango de ley en la jerarquía normativa peruana (art. 56).

Sin embargo, el art. 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución elevan a rango constitucional todos los tratados de derechos humanos vigentes para el Perú, por lo que un elemento más para su obligatoriedad es su rango constitucional, es decir, en caso de conflicto entre el Convenio 169 y la legislación nacional, prevalece el primero. Esto lo ha dejado claro el Tribunal Constitucional:

“(…) conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa)”¹⁵⁰.

En consecuencia, se concluye que el Convenio 169 tiene rango constitucional. Este tratado internacional debe estar “integrado” a la norma constitucional, es decir, a la Constitución del Perú. Esta norma integra estos instrumentos al catálogo de derechos fundamentales, formando el conocido “bloque de constitucionalidad”, sistema de protección integral de los derechos humanos. Este sistema no sólo compone las normas internacionales de los derechos humanos sino que las “fusiona” al sistema de defensa de la constitución y deberes del Estado (art. 44°), en la cual constan diversos bienes constitucionales como la conservación del patrimonio cultural, histórico y natural de la nación peruana. Por lo tanto, los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben interpretarse -reconocidos en el Convenio 169- según este sistema de defensa de la constitución, aparejado al artículo 66 de la Constitución que debe integrarse como norma que protege los derechos humanos de todos los ciudadanos a gozar de un patrimonio natural y que no deberá reñir con los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Expresamente se establece en el Convenio 169 que el Estado debe reconocer “a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14°) y asegurar el aprovechamiento de los recursos ubicados al interior de las mismas, pero la forma de asegurar queda a potestad del Estado y la mejor manera es otorgándoles derechos de preferencia del uso de estos recursos, creando un sistema de protección institucional de sus derechos, otorgando permisos flexibles para la explotación de recursos naturales, etc.

En consecuencia, una tarea pendiente de muchos Estados que han adoptado o adherido al Convenio 169 es la adecuación de su legislación nacional a los derechos

reconocidos por este tratado internacional. En el caso peruano, desde 1995, año en que entró en vigencia este convenio, el Perú no ha podido adecuar su legislación nacional a lo prescrito por este tratado internacional de manera oportuna y coherente, como se verá más adelante.

Como se ha señalado anteriormente, paralelamente a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se ratificaba (1994) y entraba (1995) en vigencia el Convenio 169, este tratado internacional que legitimó al gobierno de Fujimori frente a un sector de la sociedad civil peruana, y comunidad internacional. De esta manera, proyectaba una imagen de equilibrio político de un gobierno neoliberal y pragmático que debía adoptar medidas económicas con un alto costo social, pero respetuoso hacia grupos culturales cuyas demandas históricas eran reconocidas por la Constitución pero aún en un largo camino a implementarse.

Sin embargo, después de dieciocho años de vigencia del Convenio 169 en el Perú, no se han aprobado normas suficientes que adecuen la legislación nacional a los principios que emanan de este tratado internacional, produciéndose, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio 169, que pasamos a detallar:

1. Dejando de lado las normas en materia ambiental y de educación intercultural, existen muy pocas normas que se inspiran y se puedan considerar normas de desarrollo de los principios del Convenio 169 en el derecho nacional, lo que evidencia el grado de desinterés del Estado por aplicar dicho tratado internacional y reconocer los derechos de los pueblos indígenas;
2. Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169, fundamentales para mejorar la situación de desigualdad en que se encuentran estos pueblos, o no son regulados por el derecho nacional peruano o son instrumentalizados para cumplir otros fines, por ejemplo, para hacer prevalecer el aprovechamiento de los recursos naturales a favor de terceros, desconociendo el derecho que tienen las comunidades sobre los mismos.
3. No se han formulado en las políticas públicas, las funciones y las obligaciones del Estado peruano para el cumplimiento del Convenio 169 por lo que hace difícil su cumplimiento.

¹⁵⁰ STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, f. 10.

4. No existe una institución participe de la Organización Internacional del Trabajo (gremio empresarial, representación estatal o sindicato de trabajadores) que se encuentre interesada en promover el cumplimiento del Convenio 169 en el Perú. Actualmente, además, fuera de los esfuerzos de la Defensoría del Pueblo, no existe una institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos asumir hasta la fecha.
5. No existe una institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos asumir hasta la fecha.

En consecuencia, queda claro que, pese a que el Convenio 169 es parte del derecho nacional peruano y que, por lo tanto, debe ser cumplido como cualquier otra ley ordinaria, el Perú está incumpliendo este tratado internacional, sin que exista ningún mecanismo jurídico que obligue a cumplirlo literalmente.

Una garantía no jurisdiccional para tornar vinculante la aplicación del Convenio 169, pues su principal debilidad es que no tiene un órgano resolutorio y mecanismo sancionatorio de evaluación de su grado de cumplimiento, son las observaciones y recomendaciones que puede presentar la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones del Convenio 169, la cual ha jugado un rol importante de influencia en la construcción de derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional.

Un ejemplo de ello fueron las observaciones de la Comisión de febrero de 2010. La Comisión de Expertos de la OIT manifestó su preocupación respecto de los incidentes que se produjeron en Bagua en junio de 2009 y consideró que:

“(...) estos hechos están relacionados con la adopción de decretos que afectan a los derechos de los pueblos cubiertos por el Convenio sobre sus tierras y recursos naturales, sin su consulta y participación”.

Al igual que la Comisión, tanto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

así como el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial han expresado la misma preocupación.

Asimismo, la Comisión instó al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos indígenas por el mencionado Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. En consecuencia le solicito al Gobierno Peruano lo siguiente:

1. Suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;
2. Proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio.
3. Proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades.

2.2.1.2. CLAUSULAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS INDÍGENAS

Como se ha señalado, la Constitución de 1993 sigue la misma tradición de regulación de los derechos de los pueblos indígenas en el Constitucionalismo Peruano del siglo XX: reconocimiento de las comunidades y de la propiedad comunal. Se establece un sistema constitucional y legal de “reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas”, es decir, configurar legalmente el proceso de atomización de los pueblos originarios de las zonas andinas y amazónicas, el reconocimiento constitucional de “comunidades campesinas y nativas” (art. 89) no ha logrado más que atomizar e imposibilitar la creación de una identidad cultural más amplia, como pueblos al ser divididos política y socialmente en unidades

fragmentarias que se reconocen a sí mismas como sujetos de derecho, como se ha señalado anteriormente.

Asimismo, la Constitución de Perú de 1993, en la parte dogmática de dicha norma fundamental, se señala el reconocimiento del derecho individual a una identidad étnica y cultural, el carácter intercultural de la educación como principios de la acción estatal:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

“Artículo 17.

(...)

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”.

Mientras que se reconoce de manera individual el ejercer un derecho a la identidad cultural o étnica, por otro lado, se señala el carácter de una sola nación peruana diversa étnica y cultural, fuere lo que eso significase, se puede encontrar una laguna normativa que no permite entender la materialización del principio del valor jurídico de la diversidad cultural a través del reconocimiento de un sujeto de derecho como pueblo indígena.

Este presupuesto constitucional concuerda con el espíritu liberal e individualista de la constitución peruana. La Constitución de 1993 rompe con el esquema de garantías y derechos para los pueblos indígenas que se había inaugurado con la Constitución de 1920 al plantear un nuevo enfoque con respecto a la visión del Estado y de la sociedad, dando un tratamiento a los temas económicos y a los recursos naturales –ambos elementos relacionados de manera directa con los derechos de los pueblos indígenas- de carácter ya neoliberal, y por lo tanto, menos garantista de los derechos de estos pueblos. Así, el artículo primero de la Constitución de 1993 señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo que según el nuevo planteamiento neoliberal adoptado por la Constitución sólo es posible a través del ejercicio de la libertad política, social y económica en el mercado, promoviendo las

inversiones, liberalizando los recursos naturales, reduciendo derechos y eliminando trabas legales que limitan el aprovechamiento de recursos naturales.

En el mismo texto constitucional, se plantea el reconocimiento de derechos indígenas. Estas exigencias de los pueblos indígenas están relacionadas con los derechos de grupo (autonomía, jurisdicción, participación política) y que la “apropiación” de la Constitución y de la legislación nacional de estos derechos produce, por ejemplo en el caso de la jurisdicción indígena (art. 149), una instrumentalización de los derechos de grupos reduciéndolos a un carácter policial o de mecanismos para salvaguardar el orden interno y la seguridad nacional. Asimismo, el reconocimiento constitucional de “comunidades campesinas y nativas” (art. 89) no ha logrado más que atomizar e imposibilitar la creación de una identidad cultural integral entre los pueblos indígenas al ser divididos política y socialmente en unidades fragmentarias que se reconocen a sí mismas como sujetos de derecho.

Mientras la Constitución de 1993 promociona sistemáticamente las inversiones en el país a través de un modelo “economía social de mercado”, la regulación de los derechos de los pueblos indígenas se realiza de manera poco orgánica y garantista puesto que:

1. No reconoce como sujeto colectivo de derecho a los “pueblos indígenas” como tales, sino que sigue otorgándoles el tratamiento tradicional legal de “comunidades campesinas y nativas”, lo que lleva a una importante y lesiva consecuencia práctica para estos pueblos ya que al no fomentarse por parte del Estado la identidad de dos o más comunidades nativas que pertenecen a un mismo pueblo/grupo étnico o “cultural”, la Constitución está limitando de forma importante, por un lado, la representatividad de organizaciones indígenas que agrupa a muchas comunidades y por otro lado, la extensión de la propiedad de los territorios de estas “comunidades” al reconocerles menores espacios territoriales, atomizándolos en propiedad comunal, así como los espacios de acceso a recursos naturales que antes controlaban.
2. Reconoce derechos de manera “declarativa”, al no incluir en el texto constitucionales obligaciones explícitas para que el Estado realice ciertas actividades o desarrolle determinadas legislaciones que favorezcan su ejercicio. Los derechos se refieren en especial, a su identidad étnica y cultural como personas, usando y valiéndose de su propio idioma para interactuar con cualquier

autoridad estatal (art. 12°, inc. 14); derecho a tener órganos judiciales propios, aplicando sus usos y costumbres (art. 149°) y a participar en los gobiernos regionales y locales (art. 191°). Estos derechos no han sido aún desarrollados eficientemente en posteriores disposiciones legales, lo que aumenta el grado de incertidumbre del ejercicio eficaz de tales derechos colectivos.

Asimismo, por ejemplo, la incertidumbre se acentúa además con una regulación meramente “agrarista” de la propiedad comunal indígena en el articulado del Capítulo VI titulado “Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas”, sin considerar, por tanto, otras formas de relación entre las comunidades y sus tierras como son la caza, la pesca o la recolección de frutos, etc. tal como sucede en el espacio amazónico, en el cual la forma de aprovechamiento del recurso es diferente a la actividad agrícola y, por tanto, la posesión no es permanente, continua, ni constante.

3. No reconoce el “derecho a un territorio ancestral” de los pueblos indígenas, sino más bien un derecho a la propiedad de la tierra de manera comunal, sin considerar áreas donde estos pueblos ejercen derechos de identidad ancestral o uso de recursos naturales de manera temporal. Por ejemplo, el derecho de propiedad se limita a áreas donde tienen sus viviendas o realizan actividades agrícolas y no considera otros espacios o áreas donde se realizan actividades no permanentes, ni áreas donde se usan recursos naturales de forma discontinúa, u otras áreas donde no se mantiene una posesión constante como son, por ejemplo, las áreas que se utilizan para actividades tradicionales, de aprendizaje, ancestrales o religiosas.
4. No reconoce la vinculación especial existente entre estos pueblos, la tierra que habitan y los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, al no incluirse en la Constitución ningún artículo que reconozca un derecho preferencial sobre los recursos que se encuentran dentro de sus tierras-territorios, contrariamente a lo que sucede con las Constituciones de Colombia (1991), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), y con el propio Convenio N° 169 de la OIT.

Finalmente, Rubio sentencia sobre cualquier cambio en la Constitución de 1993:

“(...) a pesar de intentos de reforma constitucional a inicios de la década del 2000, aún no se han producido cambios constitucionales sobre derechos de los pueblos indígenas,

por lo que sigue manteniéndose la connotación étnica y racial y el reconocimiento de los grados de desigualdad social y discriminación”¹⁵¹.

El tratamiento de los pueblos indígenas, su relación con el Estado y con el modelo democrático se han señalado en muchas constituciones políticas y en leyes especiales, lo cual marca un antes y un después en el constitucionalismo liberal y social latinoamericano. Según Rubert:

“(…) el proceso de positivación constitucional de los derechos colectivos ha sido lento, a pesar que, que en la década de los noventa aumente la importancia de las políticas públicas de la diferencia. Tenemos como avance de protección de los derechos humanos de “tercera generación”, el de los pueblos indígenas”¹⁵².

La tendencia hacia un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se ve ensombrecida por las distintas fórmulas constitucionales de los países andinos que esconden una intención de monoculturalizar mediante los derechos fundamentales (Perú), la Constitución o la ley (Colombia, Bolivia y Venezuela), o en el caso de Ecuador, que suma, además de los límites anteriores, al “orden público”, a los grupos culturales que no pertenecen a la cultura societaria imperante:

Cuadro 18 Dimensión Constitucional Monocultural del Perú

Idea de la Nación “Oficial”	Nación Política
Reconocimiento de la Diversidad Cultural	Carácter Pluriétnico
	Diversidad Pluricultural
Cláusula de Concordancia Constitucional	Derechos Fundamentales (art. 149) y ley (art. 89)

Fuente: elaboración propia

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es parte del derecho nacional, vigente desde el año 1995. A partir de que es un tratado internacional de derechos humanos, se ha reconocido los derechos previos a los pueblos indígenas, derechos históricos que podrán precisarse a través de la legislación especial, no obstante, no podrán desconocer. La fundamentación de estos derechos frente a una posible colisión con la legislación nacional responde a la primacía formal y de fondo del Convenio 169 sobre la legislación nacional.

Esta primacía en cuanto a una fundamentación formal viene ligada a que el Convenio 169 de la OIT prevalece sobre cualquier disposición legal nacional previa

¹⁵¹ RUBIO, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 392.

¹⁵² RUBERT, Xavier *De la identidad a la independencia. la nueva transición*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 63.

o posterior, según la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, tal como veremos más adelante. Sin embargo, después de años de vigencia del Convenio 169 de la OIT en los países andinos, no se han promulgado e implementado normas suficientes que adecuen la legislación nacional a los principios que emanan de este tratado internacional, produciéndose, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio 169.

El constitucionalismo andino puede estar marcado por constituciones conservadoras y progresistas en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia tienen un lenguaje constitucional mucho más preciso y descriptivo de ciertos derechos colectivos; la Constitución de Colombia es la que plantea un reconocimiento de liberalismo moderado que incluye la inserción del reconocimiento de la autonomía indígena en la estructura estatal; muy por el contrario la Constitución de Perú no le dedica ningún capítulo especial y es muy parca a considerar algún contenido normativo específico, respondiendo a principios generales, sin institucionalizar la relación del Estado y estos pueblos.

Uno de los criterios de avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es la incorporación y perfeccionamiento de los preceptos convencionales del Convenio N° 169 de la OIT a las Constituciones a través de principios, bienes y derechos colectivos constitucionalizados en un capítulo especial. Así, entre una serie de matices de tradición liberal conservadora a progresista, vale la pena precisar que estos procesos de reconocimiento de una realidad dada, como es la diversidad cultural y la existencia de los pueblos indígenas, las constituciones andinas han incluido cláusulas constitucionales por las cuales se pueden interpretar y limitar los derechos reconocidos a favor de estos pueblos. En consecuencia, es necesario explicar el marco constitucional por el cual se podrán interpretar y aplicar estos derechos, es decir, desde el espíritu de estas constituciones, desde su carácter teleológico, su última finalidad.

En el caso del Perú, señala en su artículo 89 de la Constitución de 1993 que las comunidades nativas y campesinas, tales como se configuran a ciertos pueblos indígenas amazónicos y andinos de la siguiente manera:

“Artículo 89. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”.

La Constitución de Perú de 1993 señala en su segundo párrafo que para ser autónomas las comunidades, estos sujetos tienen sus propios estatutos comunales mediante el cual pueden regular la administración de sus comunidades, sin embargo, pueden concurrir otras legislaciones a las cuales estas comunidades deben adecuarse. Por ejemplo, para el aprovechamiento de recursos naturales, los miembros de estas comunidades deben remitirse a la legislación de la materia para el otorgamiento de permisos (caza, pesca) y ello limita este derecho de autonomía de carácter genérico.

Tal como habíamos señalado, la Constitución de 1993 no tiene un articulado coordinado y específico de reconocimiento de los derechos colectivos de pueblos indígenas en el capítulo VIII “Poder Judicial”, señala que serán las rondas campesinas las que apoyarán a las comunidades campesinas y nativas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial. La dos limitantes es que este ejercicio jurisdiccional es facultativo y no puede violar los derechos fundamentales:

“Artículo 149.

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

2.2.1.3. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD COMUNAL

Un primer aspecto a tener en cuenta en el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993 es el reconocimiento del derecho de propiedad de la tierra en forma comunal y/o de otras formas asociativas, al que se le da un tratamiento idéntico al de la propiedad privada. Ambos tipos de propiedades, la propiedad indígena y la propiedad privada, se ven afectadas así por idénticas limitaciones legales siendo la principal de ellas el “abandono de la tierra” que niega implícitamente las prácticas de uso migracional de las tierras por parte de las comunidades nativas, para tareas de caza, pesca, recolección de frutos, etc. En estos casos la posesión sobre esas tierras o sus recursos naturales sigue ejerciéndose aunque no de manera permanente, constante o continua.

“Artículo 88°.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

Así, si bien se reconoce la propiedad comunal de la tierra indígena, esto no garantiza su protección u oponibilidad frente a terceros en el supuesto de las “tierras abandonadas”, sobre todo en los casos de usos migracionales de la tierra. Esta disposición debilita y desconoce, por tanto, la relación especial, cultural, económica e histórica entre las tierras y los pueblos indígenas de la amazonia peruana.

Respecto del abandono de las tierras, a nivel constitucional y legal, (art. 88° de la Constitución y el art. 22° del Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario) se ha señalado que el abandono se produce cuando el dueño deja de cultivarla por dos años continuos, sin que, desafortunadamente para los pueblos y comunidades, ninguna de estas disposiciones haya considerado, por ejemplo, el tiempo de reposo de la tierra en la amazonia, ni la relación especial cultural que mantienen los pueblos indígenas en ese espacio.

Una segunda disposición de la Constitución de 1993, el artículo 89°, reduce además las garantías y formas de protección de la propiedad indígena, con lo que la Constitución de 1993 se declara menos garantista que sus antecesoras, pues, si bien la Constitución de 1979 ya permitía la compra venta de tierras comunales a voluntad de las comunidades, según Roldan y Tamayo:

“(…) la Constitución de 1993 elimina las características de inalienabilidad e inembargabilidad de la tierra indígena, con ello, se reduce poco a poco la protección al derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas”¹⁵³.

En efecto, el artículo 89° de la actual Carta Magna sólo reconoce el carácter “imprescriptible” del derecho sobre la tierra de las comunidades campesinas y nativas, no reconociendo constitucionalmente la “inalienabilidad e inembargabilidad” del derecho de propiedad que sí reconocía la Constitución de 1979. Este “recorte” constitucional, permitirá en la práctica la compra venta de tierras de las comunidades a sus propios miembros o a terceros, permitiendo que los

¹⁵³ ROLDÁN, Roque y TAMAYO, Ana María, *Legislación y Derechos Indígenas en el Perú*, COAMA / CAAAP, Lima, 1999, p. 138.

agentes del mercado puedan adquirir estas tierras, aprovechándose de las necesidades económicas y sociales de estos pueblos.

“Artículo 89°.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. **La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.**

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Analizando los artículos 88 y 89 de la Constitución, el Estado peruano se encuentra obligado a reconocer y proteger el estatus especial de las comunidades campesinas y originarias, su propiedad comunal, su relación especial con sus tierras, cultura e instituciones de auto-gobernación; no obstante, identificará que a diferencia de lo regulado en la Constitución de 1979, en el artículo 89 de la Constitución vigente sólo se reconoce el carácter “imprescriptible” del derecho sobre la tierra de las comunidades campesinas y nativas, dejando de lado los conceptos de “inalienabilidad e inembargabilidad”.

El texto constitucional no responde a la realidad de los pueblos indígenas, asume una visión patrimonialista de la propiedad ignorando los desarrollos jurisprudenciales nacionales e internacionales que se han venido realizando y sobretodo pretende acomodar las prácticas ancestrales indígenas a una realidad legal que termina siendo distante. De esto se desprenden dos vertientes: la primera concierne al marco normativo construido en base a la Constitución de 1993 y en el otro podemos identificar a los desarrollos jurisprudenciales alcanzados en los últimos años por el TCP y, principalmente, a la alcanzada a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según el TCP el derecho de propiedad “no solo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino su defensa y promoción se constituye un garantía institucional”¹⁵⁴. En específico, en el caso “Tres Islas” el TC señaló que si bien la Constitución (en sus artículos 88 y 89) hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13 que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. En consecuencia, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres

¹⁵⁴ Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, Fj. 26.

propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículos 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)¹⁵⁵.

Estos criterios señalados deben ser interpretados integralmente con lo establecido por la CIDH en reiterada jurisprudencia donde –a partir de una interpretación extensiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH, ha señalado que los Estados están obligados a reconocer que¹⁵⁶:

1. La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.
2. La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.
3. Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.
4. Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

La posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de tierras indígenas (en aquellos casos donde fueron cedidas a terceros de buena fe), asimismo, aquellas situaciones en las que por causas ajenas un pueblo indígena tuvo que abandonar su territorio y desplazarse, tampoco restringe el derecho a recuperar su propiedad.

¹⁵⁵ Exp. N.º 1126-2011-HC/TC, Fj. 21.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Sawhoyamaya vs. Surinam*, párr. 128. También véase *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 134; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151. *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y costas), párr. 100.

Este criterio es fortalecido en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, donde en el mismo sentido del artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT, la CIDH señala que:

“(…) deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”¹⁵⁷.

En consecuencia, el “abandono de la tierra” previsto en el art. 88 de la Constitución resulta lesivo al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, pues, en los casos relativos a territorio indígena, el propio TCP ha señalado lo siguiente:

“(…) no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”¹⁵⁸.

2.2.1.4. PRIMACÍA DE LA SOBERANÍA NACIONAL SOBRE RECURSOS NATURALES

Por otra parte, la soberanía estatal en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de recursos naturales, artículo 66° de la Constitución del Perú, y que se consideren dichos recursos como parte del patrimonio de la nación, omitiendo el reconocimiento de un derecho de aprovechamiento preferente de los recursos naturales en favor de los pueblos indígenas, ha permitido que terceros, principalmente empresas, obtengan derechos para aprovechar los recursos naturales ubicados o superpuestos con tierras y territorios indígenas.

En ese sentido, la titularidad del Estado sobre los recursos del subsuelo afecta directamente los derechos de acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en sus tierras, reduciendo además su capacidad de decisión sobre esos recursos, circunstancia que se agrava por el hecho de que estas comunidades no tengan que recibir necesariamente una indemnización justa por el uso de sus tierras:

¹⁵⁷ Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y costas), párr. 135.

“Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

La Constitución de 1993 supone un serio retroceso constitucional y de inseguridad jurídica para los derechos de las comunidades campesinas y nativas al eliminar, además, dos características del derecho de propiedad comunal: la inembargabilidad e la inalienabilidad, lo que ha supuesto serios impactos en la propiedad comunal, al posibilitar la transferencia de la propiedad a los miembros de las comunidades y de éstos a terceros ajenos social y culturalmente a estas comunidades.

Además, su tratamiento como comunidades campesinas y nativas, sumada a la carencia de su tratamiento como “pueblos indígenas”, y en general, los pocos y explícitos derechos de los pueblos indígenas reconocidos a nivel constitucional van a debilitar los derechos internacionalmente reconocidos a estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, derechos que se relacionan con las industrias extractivas de manera directa (recursos forestales), indirecta (recursos naturales del subsuelo como los minerales o los hidrocarburos), sin descontar otro tipo de aprovechamiento y autorizaciones, como es en el sector de infraestructura y energético.

Estas inconsistencias constitucionales se hubieran salvado si la Constitución hubiera incorporado un catálogo de derechos de los pueblos indígenas inspirados en el Convenio N° 169 de la OIT, como se ha señalado, o al menos, hubiera recogido de forma clara y precisa el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.

En ese sentido, el término de “patrimonio de la nación” o “dominio originario del Estado” implica dos elementos constitutivos de la soberanía de Perú, uno de carácter público, el cual es la capacidad de regular a través de normas públicas la gestión y el aprovechamiento de los recursos naturales; y el segundo, de carácter privado, la titularidad del derecho de propiedad de esos recursos recae en el Estado, como representante de la nación peruana.

De este dispositivo constitucional, se señalan dos principios constitucionales que regularan el aprovechamiento de los recursos naturales a través de su gestión:

¹⁵⁸ Exp. N.º 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama), Fj. 46.

1. Principio de Titularidad de la “propiedad” de la Nación sobre los Recursos Naturales, el cual señala que la nación mantiene una relación de dominio (dimensión política) o de “propiedad” (dimensión jurídica) sobre los recursos naturales;
2. Principio de aprovechamiento regulador y excluyente de los recursos por parte del Estado, principio –de infeliz formulación-, es decir, el Estado tiene la facultad excluyente de gestionar, administrar y de usar los recursos naturales. Esta regla general se flexibiliza cuando se señala que de forma soberana el Estado puede otorgar a terceros un derecho real sobre los recursos naturales mediante las concesiones, cuyo marco estará regulado por ley orgánica como sucede con el caso peruano.

Con respecto a la propia actividad de aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, es necesario mencionar que el problema mayor en cuanto a su reconocimiento escapa al campo jurídico que simplemente ha recogido una situación de apropiación ilegítima e histórica por parte de la sociedad colonial, y posteriormente, por el Perú decimonónico, al reconocer el derecho de propiedad de las comunidades campesinas o nativas en el Perú en cuanto al espacio de su ocupación como vivienda y de uso agrícola –esto es muy discutible en la Amazonía Peruana-, desconociendo otros espacios –muchos de ellos más extensos que el reconocido oficialmente- en donde se producía actividades culturales o un aprovechamiento de recursos naturales, y después de implementar una serie de apropiaciones ilegítimas.

En el texto constitucional, cabe acotar que interpretando de manera lata este dispositivo, se considera un **reconocimiento constitucional de derecho de uso de recursos naturales** por parte de las comunidades campesinas y nativas o pueblos indígenas, obviamente muy distinto a la tendencia del constitucionalismo latinoamericano y andino. Sin embargo, en ambos casos, se reconocen una lista de derechos (identidad, personalidad jurídica, autonomía, delegación de funciones administrativas y jurisdiccionales, etc), y lo que se visualiza es la interacción entre el derecho de propiedad (“tierras o territorios”) y el uso de recursos naturales; una relación que produce tensiones entre los derechos de los pueblos indígenas y las políticas públicas de los Estados en materia de ordenamiento territorial, ordenamiento político, políticas de conservación, etc:

CUADRO 19 ÁMBITOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES POR PUEBLOS INDÍGENAS

Ámbitos Político Jurídico	Contenido de los Ámbitos
Ámbito de Territorialidad (ámbito político jurídico)	Incluye área considerada como derecho de propiedad y área en donde desarrollan actividades culturales y aprovechamiento de recursos naturales.
Ámbito de Propiedad (ámbito jurídico-derecho civil)	Área reconocida legalmente como derecho de propiedad, la cual puede incluir el área donde aprovechan los recursos naturales (tierras en Perú o “tierras comunitarias de origen”).
Ámbito de Aprovechamiento de Recursos Naturales (ámbito jurídico-derecho económico)	Área donde se aprovechan los recursos naturales y que por ello, se desarrollan criterios de conservación y preservación de estos recursos por parte del Estado (derecho colectivo de aprovechamiento en ambos casos).
Ámbito de Áreas Protegidas (ámbito jurídico de conservación de la biodiversidad)	Área cuya finalidad pública establece límites al ejercicio de los derechos de propiedad reconocidos en dicha área.

Fuente: elaboración propia

El territorio es un concepto del derecho público aplicado solamente a los Estados. Sin embargo, en un muy distinto concepto, en el caso de los pueblos indígenas, el derecho internacional ha comenzado a definir un “derecho al territorio”, es decir, derechos históricos de “ocupación” sobre un espacio que cubre tanto sus tierras (derecho de propiedad, ya sea individual o comunal sobre las tierras que tradicionalmente ocupan) y tierras que tradicionalmente hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Estas dos áreas comprenderían un concepto cultural, jurídico, político y económico de territorialidad, otorgándosele un nuevo alcance a este concepto frente a la noción de territorio estatal (art. 15, Convenio N° 169 de la OIT).

Es muy importante definir la subjetividad o la titularidad del derecho de aprovechamiento de los recursos, tanto que puede ser colectivo como individual su ejercicio. En ese sentido, el régimen constitucional peruano no reconoce explícitamente al sujeto de derecho de pueblos indígenas o pueblos originarios sino a las comunidades campesinas e indígenas, de una manera muy ambigua –lo que puede traer una yuxtaposición de derechos y sujetos que reclaman titularidades de un mismo objeto-, aunque, incluyendo en otras normatividades menciones expresas a una subjetividad de pueblos indígenas, muy aparte del Convenio N° 169.

Considerar que los recursos naturales son parte del patrimonio de la nación, omite el reconocimiento del derecho de aprovechamiento preferente de los recursos naturales en favor de los pueblos indígenas; a su vez, ha permitido que terceros, principalmente empresas, obtengan derechos para aprovechar los recursos naturales

ubicados o superpuestos con tierras y territorios indígenas. Esto reduce su capacidad de decisión sobre esos recursos, circunstancia que se agrava por el hecho de que estas comunidades no tengan que recibir necesariamente una indemnización justa por el uso de sus tierras.

La Constitución de 1993 reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89)¹⁵⁹, sin embargo, al mismo tiempo disminuye los estándares de protección de la propiedad colectiva (recuérdese que deja de lado los conceptos de “inalienabilidad e inembargabilidad”) e ignora los estándares internacionales que a diferencia de lo previsto (artículo 66) señalan que los pueblos indígenas tienen el derecho de definir sus formas propias de desarrollo, por lo que el Estado no podría imponer determinadas actividades.

Para la CIDH, los “recursos” pertenecientes al territorio indígena, contemplan a “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”; pero también “(...) comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”¹⁶⁰. Para este órgano, lo contrario afectaría el derecho a una vida digna de los miembros de las comunidades pues privarlos del acceso a su territorio y recursos, los privaría de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales¹⁶¹.

En ese sentido, los pueblos indígenas por su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus territorios y a disponer de sus recursos según su forma de vida particular, ver y actuar en el espacio que se constituye a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales:

“(...) no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹⁶².

La CIDH ha establecido que la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son

¹⁵⁹ Exp. N.º 0042-2004-AI, Fj. 1

¹⁶⁰ Caso Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137. También en Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y costas), párr. 101.

¹⁶¹ Caso Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 168.

¹⁶² Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, (Fondo, reparaciones y costas), párr. 130.

necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Esta protección tiene como fin el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados. Así, los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo. (Sombreado añadido)¹⁶³.

Con la finalidad de garantizar el uso y goce del derecho a la propiedad colectiva indígena, conforme a los artículos 1.1 y 21 de la Convención, frente a la utilización o explotación de recursos naturales en su territorio tradicional, el Estado debe contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos. No solo consiste en un asunto de interés público, sino también forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana¹⁶⁴.

En consecuencia, si bien los recursos naturales de cada país contribuyen de modo relevante en los ingresos económicos del PBI nacional, ello de ninguna manera puede implicar una imposición de un modelo unívoco de desarrollo sino, deben canalizarse mecanismos de diálogo culturalmente idóneos donde las poblaciones afectadas puedan incidir en la toma de decisión, todo lo contrario terminará siendo una arbitrariedad. De acuerdo a los estándares internacionales establecidos por la CIDH, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias:

“i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos

¹⁶³ Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, (Fondo, reparaciones y costas), párr. 164.

¹⁶⁴ Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, (Fondo, reparaciones y costas), párr. 203.

naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones”¹⁶⁵.

Con el derecho de ser consultados para obtener su consentimiento, pues este es un estándar que permite que “todos los integrantes de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuentan con una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectivamente”¹⁶⁶.

2.2.2. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS INDÍGENAS POR SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este punto, se identificara si efectivamente las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano recogen los derechos de los pueblos indígenas de manera perfecta o imperfecta. Se ha evidenciado la manera en que la historia de la regulación de los derechos de los pueblos indígenas, originarios o “indios”, tiene una importancia relevante para un tratamiento diferenciado de los derechos de estos pueblos. Y como esta tendencia de regulación constitucional, se encuentra con una tensión frente al derecho a la soberanía de los recursos naturales, especialmente cuando el Estado comienza a otorgar derechos para aprovechar hidrocarburos, mineros entre otros, en las tierras (propiedad comunal) donde ellos viven. Para ello, la legislación internacional (Convenio 169 de la OIT) establece un mecanismo para permitir una relación más armoniosa entre estos pueblos y la soberanía del Estado: el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Este punto se focalizara en *el dialogo constitucional* producido entre el movimiento indígena y el Tribunal Constitucional Peruano TCP. Este dialogo se inicia con la “lotización de la Amazonia” y finaliza con el Conflicto de Bagua (2009), es decir, se produce una correspondencia entre los pronunciamientos del TCP en diversas sentencias entre el 2008 y 2009, los efectos normativos de estos pronunciamientos; la reciente legislación sobre consulta previa (2012). Además, la conducta sinuosa de las posiciones del TCP con respecto a la consulta previa

¹⁶⁵ Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y costas), párr. 156. También recogido en Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam, voto concurrente conjunto de los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac-Gregor, párr. 7

¹⁶⁶ Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 40/04, Fondo. Caso 12.052, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

expresaba esa genuina tensión entre lo político y lo jurídico, entre la exigencia de los movimientos sociales y los diferentes intereses económicos que veían peligrar el marco legal relacionado al aprovechamiento de recursos naturales en la Amazonia y también en la zona andina.

2.2.2.1. INVERSIONES EN TIERRAS INDÍGENAS EN AMAZONIA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las organizaciones indígenas amazónicas venían con una agenda política y de reivindicación de derechos bastante extensa. Uno de los puntos medulares se centraba en la vigencia del Convenio 169 de la OIT, con la finalidad de ejercer el derecho a la consulta previa, libre e informada, una forma de construir un dialogo intercultural que les permita influenciar en las decisiones estatales, ya sean legislativas o administrativas. Pero también significaba la defensa de sus territorios ancestrales, una forma de filtrar el ejercicio de soberanía del Estado, cuando se superponía el *jus imperium* de otorgar derechos sobre recursos naturales a las tierras o territorios indígenas.

En el Perú, desde el 2004 se inició un proceso de promoción de las inversiones del sector de hidrocarburos, suscribiendo contratos para exploración y explotación de ese recurso natural, superponiéndose tierras de comunidades, áreas protegidas y reservas territoriales para pueblos indígenas aislados, pudiendo generar amenazas en estos ecosistemas protegidos. Esto produjo una serie de conflictos socioambientales en la Amazonia Peruana, efectuándose protestas en varias ciudades amazónicas.

En ese sentido, la sociedad civil peruana señaló acertadamente que se vulneraba la Constitución de 1993 con la superposición de lotes de hidrocarburos en áreas protegidas porque el texto constitucional señala que el Estado “promueve el uso sostenible de sus recursos naturales” (art. 67), estando “obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas” (art. 68). En consecuencia, el Ministerio de Energía y Minas MINEM y Perupetro S.A. han vulnerado el orden constitucional al suscribir contratos de estos lotes superpuestos a áreas protegidas.

El derecho a la consulta era una de las demandas de las organizaciones indígenas, pero no era la única. Es más, a partir del pronunciamiento de

organizaciones indígenas y ambientalistas¹⁶⁷, la Defensoría del Pueblo inició una investigación de oficio sobre la superposición de lotes que finalizó, el “Informe de Defensoría del Pueblo N° 009-2007-DP/ASPMA.CN, Superposición de Lotes de Hidrocarburos con Áreas Naturales Protegidas y Reservas Territoriales en la Amazonía Peruana” (20 de marzo de 2007), arrojando como recomendaciones finales como la obligación estatal de respetar y adecuar sus prácticas a la legislación de áreas protegidas y al respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas aislados, siendo el derecho a la consulta una exigencia más entre varias presentadas por el movimiento indígena.

No faltó tiempo para que se presentara una Acción de Amparo para proteger al medio ambiente sano y equilibrado por un caso de superposición de un lote de hidrocarburos en un Área de Conservación Regional denominada “Cordillera Escalera” (Lote 103), sin respetar los procedimientos que señala la legislación de áreas protegidas (estudio previo de compatibilidad). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya había consagrado el principio constitucional de Economía Social de Mercado y el derecho fundamental “a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida –principio de la Constitución Ecológica-, mediante los principios de prevención que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia, el cual se materializa en la obligación del Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente”¹⁶⁸, considerando una “realidad ecológica”. Entre esas medidas técnicas, encontramos el estudio previo de compatibilidad de las actividades de hidrocarburos a realizarse en áreas protegidas.

Si bien la causa de la sentencia Caso Cordillera Escalera estaba relacionada a la materia ambiental, la relación fundamental entre esta sentencia y muchas demandas previas de los pueblos indígenas era la protección de áreas protegidas en Amazonia, áreas que benefician o se encuentran interconectadas con su visión de territorio ancestral o el aprovechamiento que realizan en ellas de recursos naturales. Pese a ello, tomar en cuenta que las demandas sociales indígenas continuaban y por presión de esta movilización social, el TCP decidió incluir en sus fundamentos de esta sentencia en cuestión, sin ninguna necesidad de fundamentación sobre el fondo

¹⁶⁷ Cerca de 30 organizaciones suscribieron el “Pronunciamiento sobre la superposición de lotes de hidrocarburos con reservas territoriales y áreas naturales protegidas”, *Diario La República (Lima)*, 01-02-2007.

¹⁶⁸ Sentencia del TCP 20-04-2007 (Exp. N° 1206-2005-PA/TC), fundamento 10.

de la causa, un pronunciamiento sobre derechos de los pueblos indígenas, especialmente del DCP. Primero, el TCP ya había señalado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”¹⁶⁹. Dos años después, el TCP no sólo mencionaría la calidad normativa del Convenio 169 de la OIT (rango constitucional), sino que la hace parte del bloque de constitucionalidad, y con este, a los derechos que este tratado internacional consagra:

“De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio 169 mediante Resolución Legislativa 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”¹⁷⁰.

El segundo elemento era definir el DCP, pese a comentarios equívocos sobre este derecho y su relación con la definición de participación ciudadana y responsabilidad social corporativa, y señalar el carácter previo de este derecho a cualquier decisión sobre inversiones:

“(…) la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”¹⁷¹.

2.2.2.2. EL CONFLICTO DE BAGUA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El origen del conflictos de Bagua se debe a que el Gobierno Peruano reguló, aprovechando la delegación de facultades legislativas del Congreso de la República para regular la implementación del Tratado de Libre Comercio TLC con Estados Unidos, los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas, la forma de

¹⁶⁹ STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33.

¹⁷⁰ Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

¹⁷¹ Fundamento 35 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

organización interna de estos pueblos, así como establecer un nuevo marco legal de inversiones en recursos naturales relacionados a los pueblos indígenas como son los bosques, sin realizar procesos de consulta previa. Después de los sucesos de violencia en Bagua el 05 de junio, se estableció el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, que se organizó en cuatro mesas de trabajo, una de las más importantes estaba relacionada a las demandas constitucionales del movimiento indígena peruano: reconocimiento legal del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas.

Ya en el mes de junio de 2009, durante el conflicto de Bagua, las organizaciones indígenas y hasta la Defensoría del Pueblo habían presentado acciones de amparo o inconstitucionalidad a diversos decretos legislativos que por la materia de regulación (derechos territoriales de los pueblos indígenas), debieron ser consultados previamente. A más de un año del Conflicto de Bagua, se expide la Sentencia del TCP Exp. 0022-2009-PIC/TC Caso COFOPRI, en el cual el TCP se extiende en precisar los alcances del DCP. El TCP sienta las bases para aclarar que el derecho a la consulta es un derecho constitucional:

“El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”¹⁷².

Vale acotar que también el TCP señala la definición de una relación entre Estados y pueblos indígenas, un dialogo intercultural que le corresponde al Estado realizar, un derecho previo a la decisión estatal¹⁷³, un proceso con etapas definidas¹⁷⁴.

Finalmente, podemos tener una lectura positiva del intento del TCP de mediar las exigencias indígenas por la regulación del DCP, sin que en un primer momento exista una demanda constitucional formal, el TCP se pronuncia al respecto en previo al desenlace del conflicto de Bagua, pero si a los momentos previos que se manifiestan de tensión entre organizaciones indígenas amazónicas y pueblos indígenas, demandas que no todas son contempladas en los pronunciamientos constitucionales, pero que si encausan ciertas obligaciones para el Gobierno Peruano, como es su posterior regulación. Posteriormente al desenlace de Bagua, veremos en

¹⁷² Fundamentos 37 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.

¹⁷³ Fundamento 36 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.

¹⁷⁴ Fundamento 41 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.

las sentencias del TCP una actitud más conservadora con respecto a este derecho, y las propias organizaciones indígenas, que encontraron en el proceso de legislación y reglamentación del DCP un campo de reformas y satisfacción de demandas más directo.

2.2.2.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SINUOSA

Como habíamos señalado, el objetivo de las organizaciones indígenas de recurrir al TCP era lograr vencer el incumplimiento sistemático del Gobierno de lo prescrito en el Convenio 169. Las organizaciones indígenas señalaban el carácter vinculante del convenio por ser parte del bloque de constitucionalidad, un tratado internacional de derechos humanos y por lo tanto la obligatoriedad de sus preceptos y el incumplimiento del Estado Peruano de ese tratado internacional en los 14 años de vigencia que tenía en ese momento (1995-2009); segundo, la vigencia del Convenio 169 desde 1995 y por lo tanto la vigencia del DCP desde esa misma fecha y la irregularidad (falta de validez) de los actos administrativos y legislativos que afectaron a los pueblos indígenas y que se promulgaron desde 1995 sin pasar por procesos de consulta; y la obligatoriedad del Estado de cumplir con la norma, de adecuar su legislación nacional al Convenio 169 y regular el DCP en su derecho nacional.

No obstante ello, después del conflicto de Bagua, se produce algunos cambios en la jurisprudencia del TCP. Un punto medular recogido por la jurisprudencia del TCP es el carácter previo del derecho de consulta de los pueblos indígenas, es decir, este procedimiento debe producirse antes que se produzca la decisión estatal (medida legislativa o administrativa) que afecte sus derechos.

Una sentencia que llamo la atención es conocida como el Caso Napo Tigre¹⁷⁵, la organización indígena nacional AIDSESEP Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana interpone una acción de amparo para proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento en el área de las cuencas del río Napo y del río Tigre, en la frontera con Ecuador.

Un hito de tensión en este proceso de reconocimiento del DCP por el TCP. El caso trata de un lote de hidrocarburos, el lote 67 de la empresa francesa Perenco

¹⁷⁵ Sentencia del TC. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. Para ver la sentencia: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

superpuesto a la zona donde habitan pueblos indígenas aislados, el Tribunal Constitucional ha cambiado de una posición garantista de derechos que mantuvo hacia una posición conservadora y defensora del principio de seguridad jurídica de las inversiones (buena fe contractual, libertad de empresa, etc) frente a la protección de pueblos indígenas aislados, por lo que este pronunciamiento del TCP fue duramente criticado por las organizaciones indígenas. Ello se debe a que el TCP menciona la posibilidad de la realización de proceso de consulta a pueblos indígenas en aislamiento, que por su fragilidad y un insuficiente sistema inmunológico, no es recomendable un contacto forzoso con cualquier miembro de la sociedad nacional:

“Nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios”¹⁷⁶.

Si bien esta sentencia mantiene la misma jurisprudencial en cuanto al concepto del DCP, desnaturaliza su carácter previo, confundiéndola como institución de participación ciudadana en materia ambiental, así como una forma de dialogo entre Estado y pueblos indígenas, donde las empresas titulares de derecho no deben intervenir:

“(…) en principio, que los actos de adjudicación de dichos Lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc”¹⁷⁷.

No sólo ello, instrumentaliza el derecho a la consulta en función a otro bien constitucional que es la seguridad jurídica de las inversiones, sino que el TCP comienza a desnaturalizar los elementos de este derecho que aseguren una mejor

¹⁷⁶ Fundamento 21 de la STC EXP. N° 06316-2008-PA/TC.

¹⁷⁷ Fundamento 27 de la STC EXP. N° 06316-2008-PA/TC.

relación Estado y pueblos indígenas, y limita las exigencias indígenas al interpretar la Constitución integrándola al Convenio 169, en el cual el DCP es un mecanismo para permitir definir sus prioridades de desarrollo ante las decisiones estatales que las afecten, y no la construcción gradual de una relación con terceros que pasa por otro tipo de relaciones jurídicas, que en materia civil, serían de naturaleza de compensación por el uso de la tierra, o la indemnización de daños y perjuicios:

“Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua”¹⁷⁸.

El TCP en noviembre del 2010, emitió una Resolución Aclaratoria referida a la STC No 6316-2008-PA, del Caso Napo Tigre, señalando la posibilidad que el Estado no realice directamente proceso de consultas sino que la tercerice, y esta la realice la empresa (titular del derecho otorgado), quedando el Estado en la obligación de supervisar dicho proceso, siempre y cuando, los impactos del proyecto de inversión no sean altos. Ello contraviene una obligación señalado en el Convenio 169, donde se señala que los gobiernos y no los particulares son quienes deben de implementar el DCP.

Detrás de esta perspectiva, existe un cambio jurisprudencial claro del TCP –e insistente-, que es comprender que la identificación de las prioridades del desarrollo de los pueblos indígenas debe integrarse al proceso público estatal, sino privado empresarial a través del DCP, como lo hemos mencionado, desnaturalizando el derecho, su propia jurisprudencia y el propio mandato constitucional del Convenio 169 de la OIT:

“(...) el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades de hidrocarburos no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.” (Fundamento 16 de la STC EXP. N° 06316-2008-PA/TC). Agrega el TCP: “considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que

¹⁷⁸ Fundamento 30 de la STC EXP. N° 06316-2008-PA/TC.

tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica”¹⁷⁹.

Por otro lado, no podemos negar que un elemento importante para la satisfacción de las demandas indígenas ha sido que la Sentencia N° 05427-2009-PC/TC del TC, de 30 de junio de 2010 (Caso Reglamento Minero Energético), ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el DCP respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del art. 6 y el numeral 2 del art. 15° del Convenio N° 169 de la OIT. Un año después, el sector estatal promulga el “Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas” (Decreto Supremo N° 023-2011-EM), con poco tiempo de vigencia y ninguna aplicación, pues al poco tiempo fue derogado por la primera Ley de Consulta Previa con que cuenta el Perú y Latinoamérica (Ley 29785), promulgada el 31 de agosto de 2011.

Mientras estuvo vigente este reglamento minero energético, los elementos centrales que señalaba la sentencia del TCP sobre consulta previa fueron recogidos a discreción por la autoridad. Mientras que la sentencia del TCP señalaba que los procesos de consulta debían ser flexibles en cuanto a etapas y plazos, este reglamento señala que el plazo máximo era de cuatro meses (120 días), estableciendo filtros para reducir los supuestos de consulta (calificación de actos administrativos y de las comunidades a ser consultadas) según a discrecionalidad de la autoridad sectorial energía y minería. No obstante ello, este reglamento recogió algo fundamental en la realización del DCP, es decir, su carácter previo a la toma de la decisión estatal, puesto que señala que el DCP se materializa, en temas de aprovechamiento de recursos naturales, antes del otorgamiento de la concesión.

En el siguiente cuadro, queremos sistematizar los elementos más importantes con que la jurisprudencia del TCP definió el derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas, sumamente importante para el desarrollo legislativo y reglamentario posterior:

¹⁷⁹ Fundamento 18 de la STC EXP. N° 06316-2008-PA/TC.

CUADRO 20 SENTENCIAS DEL TCP SOBRE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA 2008-2010

Elementos Esenciales DCP	STC 03343-2007-PA/TC	STC 0022-2009-PI/TC	STC EXP. 06316-2008-PA/TC	STC EXP. 05427-2009-PC/TC
¿Quién realiza la Consulta Previa?	No se menciona de manera expresa	El Estado	Las empresas con contratos vigentes y el sector minero energético	El Estado
¿Quiénes son los titulares de este derecho?	Los pueblos indígenas	Los pueblos indígenas	Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario	Los Pueblos Indígenas
¿Cuándo se realiza la consulta previa?	Antes de iniciar la actividad extractiva	Antes de iniciar la actividad extractiva	Se puede realizar sin paralizar la actividad extractiva y con posterioridad a su inicio	Antes de iniciar la actividad extractiva

Fuente: elaboración propia

Finalmente, no debemos dejar de mencionar que el TCP recayó en otros desaciertos jurisprudenciales que permitieron incluir en el marco legal actual, la ausencia de revisión de medidas legislativas y administrativas anteriores a la vigencia de la ley 29785 o ley de consulta, que señala la seguridad jurídica de estas medidas, llegando a cuestionar la validez del Convenio 169 en el derecho nacional:

“(…) en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo apropiado, lo que como se ha anotado generó inseguridad jurídica en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle y que pacifique la actual coyuntura. Así, si bien el Convenio 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso y del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente llevado a cabo el proceso de consulta” (f. 7, Aclaratoria de STC 6316-2008-PA). Agrega después: “Por consiguiente, el hito marcado por el TC (STC 022-2009-PI) debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del TC es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web”¹⁸⁰.

Posteriormente, el TCP rectifica su posición pero el daño político ya se había producido. El 2011, el TCP resolvió el Expediente 00024-2009-PI, en donde 6,226 ciudadanos interponen un proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 994, que tiene como objeto de controversia determinar si la mencionada medida legislativa, se aprobó, sin considerar el derecho a la consulta previa que asiste a los pueblos indígenas, cuyas propiedades comunales, pudieran ser afectadas directamente por los alcances de esta norma. En esta sentencia, el TCP se

¹⁸⁰ F. 8, Aclaratoria de STC 6316-2008-PA.

rectifica sobre la validez del Convenio 169 desde 1995:

“Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24]”¹⁸¹.

El TCP ha tenido una posición conservadora frente al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El TCP señal que:

“(…) debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas” (fundamento 7), asimismo señala después el TCP que “el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes” (Fundamento 8 de la STC EXP. N° 0022-2009-PI/TC).

Sin embargo, el proceso de dialogo jurisdiccional entre el TCP y las organizaciones indígenas permitió el reconocimiento del derecho a la consulta en la legislación nacional, un tema que se tratara en los siguientes puntos.

3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2 “LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE EL RÉGIMEN LEGAL PERUANO DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS Y LA NORMATIVA DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES EN EL SECTOR DE EXTRACCIÓN DE RECURSOS NATURALES EN TIERRAS INDÍGENAS SE EXPRESAN EN LA LIMITACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES, EN SU AUTONOMÍA ORGANIZATIVA, EN EL EJERCICIO DE LA PROPIEDAD COMUNAL Y EL USO DE RECURSOS NATURALES”.

3.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

¹⁸¹ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI.

Luego de haber consignado la información antes expuesta sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, así como la utilización del marco conceptual sobre Constitucionalismo Multicultural, se acepta la siguiente Hipótesis Específica 2:

“El régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas ha sido restringido por la normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales en tierras indígenas”.

Dicha hipótesis tiene la siguiente afirmación:

“La aplicación de los derechos de los pueblos indígenas a nivel legal se viene desarrollando de manera inadecuada porque no contempla la naturaleza jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ni mecanismos claros para su protección, especialmente el de tierras indígenas, frente a la regulación legal de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales superponiéndose en dichas tierras”.

Esa conduce a su vez a la siguiente predicción:

“Si se siguen produciendo estos conflictos normativos, se seguirán produciéndose conflictos socioambientales por la superposición de tierras con inversiones extractivas, limitación del acceso a sus recursos naturales e intromisión a la organicidad indígena”.

Para llegar a esta predicción se consideran las siguientes variables:

1. Personería Jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas.
2. Regulación de la Asamblea Colectiva de Comunidades
3. Regulación de la Propiedad Comunal
4. Regulación del uso de recursos naturales en comunidades.

3.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Para la comprobación de la hipótesis específica 2, se ha tenido que identificar 4 variables, estableciendo indicadores de medición de carácter nominal, siendo excluyente los resultados, los cuales señalan si efectivamente los regímenes legales de recogen los derechos de los pueblos indígenas de manera perfecta o imperfecta. En ese sentido, a continuación el desarrollo de cada contrastación de cada una de las variables.

3.2.1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

3.2.1.1. CONTEXTO LEGAL DEL RÉGIMEN DE COMUNIDADES

La razón de ser de los derechos humanos de segunda generación es permitir que se reduzcan las desigualdades en las sociedades. Convencido de la necesidad de los derechos sociales y su incorporación en la Constitución del Perú de 1979, el maestro Alzamora expresó que:

“(...) el hombre no es mera esencia; se realiza a través de una existencia, en la cual el aquí y el ahora son las determinaciones fundamentales de una situación en la que siempre estamos (...) Pero algo más: este hombre que se da como un sujeto singular, aparte de existir va edificando, a través de todas las etapas de su vida, una personalidad, se va produciendo, es el hombre situado (...) la incorporación de los derechos sociales dentro de la nueva Carta Fundamental del Estado señalará el camino que conduzca hacia una auténtica igualdad jurídica, en nuestra sociedad desarticulada y dual, con miras hacia un sistema más humano y más justo”¹⁸².

Bajo ese contexto, el reconocimiento de ciertos derechos para los pueblos indígenas, se ha desarrollado en función a que mantienen una relación jurídica con la sociedad mayor o el Estado peruano. El régimen legal en Perú reconoce la organización social, jurídica y económica de un grupo social que pueda o no reconocerse como pueblos “indígenas” andinos y amazónicos en personas jurídicas “sui generis”, compuestas por miembros de pueblos indígenas originarios de los Andes y la Amazonía Peruana. Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones socio culturales reconocidas como personas jurídicas singulares (mantienen relaciones ancestrales, sociales, económicas y culturales expresadas en la

¹⁸² ALZAMORA VALDEZ, Mario. “La Expresión Constitucional de la Igualdad y de los Derechos Sociales”. En: *Revista del Foro* (Lima), año LXIV, 3 (jul.-sep.), 1977, p. 35.

propiedad comunal de la tierra cuya finalidad -sin fines de lucro- es el “aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral” (art. 134, Código Civil, Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656 de 1987). Algunos antecedentes de estas acepciones se encuentran para “comunidades campesinas” en la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716), y para el de “comunidades nativas” a los de la selva (Decreto Ley N° 20653), recogidas en las Constituciones de 1979 y 1993.

Esta tradición legal se manifestó con el Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario en las Regiones de Selva y Ceja de Selva, sobre demarcación y titulación de tierras para comunidades nativas (1978) y el Decreto Supremo N° 003-79-AA, Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva mediante los cuales se encarga a las Direcciones Regionales Agrarias la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas (1979). Poco después, se promulgó la Ley General de Comunidades Campesinas y Nativas, Ley N° 24656 de 1987; y Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas y Nativas, Decreto Supremo 008-91-TR.

La legislación nacional actual menciona a los pueblos indígenas como sujetos de derecho:

1. Ley N° 27818, sobre educación bilingüe intercultural;
2. Ley N° 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos de 2002;
3. Ley N° 27818 sobre Educación Bilingüe Intercultural del año 2002;
4. Ley N° 28044 o Ley General de Educación de 2003 en sus artículos 18° y 20°.

Es decir, el término de los pueblos indígenas se expresa en el ordenamiento jurídico para hacer referencia explícita e implícita a las comunidades campesinas y nativas. Expresa una característica particular de estos grupos sociales como los primeros pueblos en habitar un lugar y tener conciencia o autodeterminación de un pasado y un destino común. Esta característica, a la par que los define, le otorgaría una condición especial para el ejercicio de ciertos derechos en sus “territorios ancestrales” (deducido del concepto del Convenio N° 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú de 1993):

“**Artículo 191°.**- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

(...)

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y **pueblos originarios** en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales”.

Hacen referencia a esta acepción la Constitución de 1993 (art. 191°) y las Leyes N° 27683 (art. 12°) y la Ley N° 27734 (art. 10°) sobre elecciones regionales y municipales, lo que no nos deben dejar dudas de la integración conceptual y práctica cuando hablamos sobre pueblos indígenas, hablamos de comunidades nativas y campesinas.

Lo más importante del marco legal del régimen de comunidades campesinas y nativas es que en los últimos diez años se han producido diversos intentos de reformas constitucionales y legales para dicho régimen, sin embargo, no se han logrado concretar. Estos intentos nos permitirán identificar los distintos derechos que gozan estos pueblos.

3.2.1.2. CONTEXTO RECIENTE DEL RÉGIMEN DE COMUNIDADES

Las cuatro organizaciones nacionales que representan más de 5000 comunidades campesinas y 1200 comunidades nativas son la Confederación Campesina del Perú CCP, la Confederación Nacional Agraria CNA, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana AIDESEP y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú CONAP. En estos más de quince años de vigencia de la Constitución de 1993 y del Convenio 169, poco se ha hecho por la implementación de los derechos colectivos de estos pueblos, menos aún lograr un proceso de diálogo político que implemente consensos entre estos pueblos y la sociedad nacional. Tan solo se han producido dos hitos políticos de diálogo con el gobierno: el primero, durante el gobierno del Presidente y reconocido constitucionalista Alberto Paniagua, y el segundo fue el proceso de diálogo posterior al conflicto de Bagua (2009).

Durante el 2001, se constituyó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas (Decreto Supremo 15-2001-PCM), cuya Mesa de Diálogo y

Cooperación para las Comunidades Nativas produjo el Plan de acción para los asuntos prioritarios (2001), produciendo una hoja de ruta, un conjunto de políticas, principios y reglas en temas relacionados con los derechos territoriales de los pueblos indígenas que deberían guiar las políticas y prácticas estatales, sin mencionar el tema de la participación política de estos pueblos.

El 5 de junio del año 2009 se produjo el lamentable conflicto de Bagua. Este dejó un saldo de 33 personas muertas y 200 heridas, debido al enfrentamiento entre la Policía Nacional y los protestantes indígenas y no indígenas de la localidad de Bagua (en el oriente del Perú), que habían tomado parte de la carretera Fernando Belaunde y las instalaciones del oleoducto Norperuano. Dicha protesta era parte de una protesta nacional liderada por las organizaciones indígenas, quienes demandaban al gobierno peruano derogar varios decretos legislativos (1062, 1064, 1069), aprobados para implementar el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, por temor a que estos decretos vulneren el derecho a sus tierras comunales. Algunas partes y normas de estos decretos legislativos regulaban la promoción de las inversiones en Perú (comerciales, corporativos), pues la idea era implementar este TLC. Asimismo, algunos de estos decretos legislativos regulaban también el aprovechamiento de los recursos naturales (recursos hídricos, forestales, etc., en la Amazonía peruana) pero vulneraban los derechos a la participación y negaban el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, de acuerdo con el Convenio 169. Además, para asegurar las inversiones, dichos decretos legislativos regulaban la propiedad comunal de las comunidades nativas a través de la venta de la tierra comunal y la promoción de la propiedad privada en la Amazonía peruana. Esto podría llevar, finalmente, a la desaparición de los pueblos indígenas como culturas, más aun teniendo en cuenta la fuerte y especial relación entre estos pueblos y sus tierras como su espacio vital.

De los sucesos de violencia en Bagua el 05 de junio, se estableció el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, que se organizó en cuatro mesas. Este grupo fue oficializado el 11 de junio del 2009 mediante Resolución Suprema N° 117-2009-PCM, y modificado su vigencia hasta diciembre de 2009 mediante Resolución Suprema N° 211-2009-PCM. Los grupos de trabajo conformados en el seno del Grupo Nacional son la Comisión de la Verdad sobre los sucesos de Bagua; Mesa 2 de revisión de la normatividad forestal, hídrica, de tierras, etc; Mesa 3 de elaboración de una propuesta legal sobre consulta previa,

libre e informadas; y Mesa 4 de revisión y diseño de políticas públicas a favor de los pueblos indígenas amazónicos.

En este último cuadro, podremos apreciar las normas que recogen estos derechos sobre los pueblos indígenas, en general y que son aplicables a los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

CUADRO 21 DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas	Derecho Identidad y Participación	- Constitución, Artículos 2º, incisos 19 y 22, y 89º; - Ley General del Ambiente, Artículos I y 70º
Derechos Colectivos a Gozar de una Identidad	Derecho a la Personería Jurídica	- Constitución, Artículo 89º; - Ley N° 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (19 de mayo 2006), Artículo 2º
	Derecho a la Cultura y Educación	- Constitución, Artículo 2º, inciso 19), artículos 17º y 89º; - Convenio de la OIT N° 169, Artículo 2º, incisos 1 y 2, Artículo 26º; - Reglamento de la Ley de ANP, Arts. 9º y 11; - Ley General del Ambiente, Artículos 11º y 69º
Derechos Colectivos a Gozar de Autonomía (Capacidad Jurídica)	Derecho a La Autonomía Política, Económica, Cultural y Social	- Constitución, Artículo 89º; - Convenio de la OIT N° 169, Artículos 5º y 6º
	Usos Ancestrales	- Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica de 1997 (Ley N° 26839); Arts. 23 y 24
	Derechos a la Consulta y Participación	- Convenio 169, Artículos 6º, 7º y 15º - Ley de ANP, Artículo 31º; - Reglamento de la Ley de ANP: Artículos 24º (Inciso 3), 28º (incisos 1 y 2), 43º (incisos 1, 2 y 3) y Sexta Disposición Complementaria Finales y Transitorias - Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios (D.S. N° 15-2001-PCM): - Acción E 1.1 - Acción E 1.2 - Acción E 1.4 - Acción E 2.4 - Acción E 2.7 - Acción E 2.9
Derechos Colectivos “Territoriales”	Derecho a la Tierra y a un Territorio	- Constitución, Artículo 89º; - Convenio de la OIT N° 169, Artículo 13º (incisos 1 y 2), Artículo 14º (incisos 1, 2 y 3); - Ley de ANP, Artículo 5º; - Reglamento de la Ley de ANP, Artículo 89º (inciso 1); - Ley General del Ambiente, Artículos 110º - Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios: Acción E 1.3, Acción E 2.1, Acción E 2.2
	Derecho a Administrar Recursos Naturales y Conservar la Biodiversidad	- Constitución de 1993, artículos 66º y 68º - Convenio 169, artículo 15º (incisos 1 y 2) - La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821), artículos 17º y 18º.

		- Ley de ANP, artículo 27° - Reglamento de Ley de ANP: Arts. 89 (incisos 2 y 3), 108 (incisos 1 y 2), 110 y 173 (incisos 1 y 3) - Ley General del Ambiente: Art. 72, inc. 1, 2 y 3 - Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios: Acción E 1.5, Acción E 2.3, Acción E 2.5, Acción E 2.6
	De los Conocimientos Colectivos	- Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica de 1997 (Ley N° 26839), Arts. 23; y 24; - Ley General del Ambiente; Artículos 71°, 103°, 104° (incisos 1 y 2) y 126°

Fuente: elaboración propia

3.2.1.3. DIALOGO JURÍDICO SOBRE COMUNIDADES 2000

Una serie de debates se han producido alrededor del Anteproyecto presentado por la Comisión de Constitución y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República para la reforma de total de la Constitución de 1993. Los “*liberales peruanos*” no están de acuerdo con la inclusión de los derechos sociales y derechos de tercera generación a pesar de ser su naturaleza programática y su eficacia no mediata. Las razones en contra son disímiles: la confusión que sembrarían en la población las falsas esperanzas del cumplimiento de sus demandas; la inclusión de estos derechos haría una Constitución extensa o reglamentarista; otra razón es considerar que el texto de la constitución de 1993 era el correcto en el tratamiento de la materia; no incentivaría las inversiones extranjeras en el Perú; haría de la constitución una constitución declarativa y debilitaría los derechos civiles y políticos; etc.

Dejando de lado las cuestiones formales, las críticas liberales están centradas en un plano ideológico expresado en una situación practica: no comulgan con la participación e intervención del Estado en el mercado o en la sociedad, ya que su intervención atenta contra el orden democrático y social, y justificaría el control de las inversiones económicas, creando pobreza y atentaría contra la libertad social. Es cierto que ello ha sucedido, pero los últimos diez años nos han demostrado que tanto el liberalismo o neoliberalismo y las políticas de la socialdemocracia o la democracia cristiana respondieron a los intereses económicos del mercado creando contradicciones sociales y violencia política. Como dice Pease, “es necesario en el plano jurídico establecer una correspondencia clara y coherente entre el interés social y el interés individual, la preeminencia de uno de estos intereses es la distinción

esencial entre liberales, socialdemócratas y comunitaristas”¹⁸³.

A partir del año 2001, el gobierno peruano tuvo la intención de tratar la “problemática indígena” como un tema prioritario de la política estatal. Pese que se colocó prontamente en la agenda nacional el estado de indefensión en que vivían estos “ciudadanos de segunda clase”, el reconocimiento de sus derechos, especialmente los de carácter colectivo, han sido poco recogidos por la normatividad vigente, y menos aún respetados por la administración pública o los agentes económicos que tienen presencia en la Amazonía peruana.

El gobierno decidió enfocarse en la reforma constitucional y legal de muchas instituciones estatales. Sin embargo, poco ha conseguido. En los años 2003 y 2004 se preparó en el seno del Congreso el proceso de discusión de una nueva ley de comunidades campesinas y nativas.

Mediante Ley N° 28150 del 05 de enero de 2004, se creó la “Comisión Revisora de la Legislación sobre Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas”, encargada de proponer un “Anteproyecto de Ley de Comunidades Campesinas y Nativas”. Esta comisión está conformada por un representante de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - CONAPA, uno del Ministerio de Agricultura, uno de la Defensoría del Pueblo, uno de los Gobiernos Regionales, un representante de los Gobiernos Locales, dos de las Comunidades Campesinas, designados uno por la Confederación Nacional Agraria - CNA y otro por la Confederación Campesina del Perú - CPP; y dos de las Comunidades Nativas, designados uno por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDESEP, y otro por la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú – CONAP (conocidos estos últimos como los “Gremios”). El plazo de trabajo de la mencionada comisión especial era de ciento ochenta días (6 meses) naturales a partir de su instalación. Mediante Ley N° 28255, del 17 de junio de 2004, se modificó el artículo 2 de la Ley N° 28150 que creó la Comisión Revisora de la Legislación sobre Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, prorrogando su periodo de trabajo hasta el 30 de noviembre de 2004.

Al parecer la intención habría sido utilizar la nueva normatividad internacional sobre derechos de los pueblos indígenas en el “domestic law”, sin embargo, un seguimiento breve de la comisión encargada de llevar una propuesta

¹⁸³ PEASE, Henry y AVENDAÑO, Jorge, “¿Qué Cambios necesita la Constitución?”, en *Gaceta del Congreso de la República* (Lima), año IV, 184, 2001, pp. 4-5.

sobre la nueva ley, nos lleva a concluir que nada ha cambiado, y se seguirá utilizando en esta nueva norma los mismos parámetros formales que no permitieron ni permitirán organizar a los pueblos indígenas en grupos culturales mucho menos fragmentados y más dinámicos en la participación en la sociedad nacional como sujetos de derecho.

3.2.1.4. PROPUESTAS JURÍDICAS DE ORGANIZACIONES INDÍGENAS

Con respecto al proyecto de reforma constitucional propuesto por los gremios indígenas y campesinos, se encargó de establecer taxativamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y reconocimiento de la subjetividad de estos pueblos en el ordenamiento jurídico nacional. Así, se propuso, de manera poco precisa, la reforma constitucional que modifique el régimen constitucional y legal actual de comunidades campesinas y nativas, mediante la consideración de seis argumentos para que los “pueblos indígenas” se constituyan como sujetos de derecho en el sistema jurídico legal peruano:

1. El origen anterior de los pueblos indígenas al Estado Peruano;
2. Las prácticas constantes de los pueblos indígenas que componen en un sistema normativo;
3. El reconocimiento del “status jurídico” de pueblos indígenas por el derecho internacional de los derechos humanos -especialmente el Convenio N° 169-;
4. La necesidad de proteger a los grupos culturales que se encuentran en estado de indefensión como son los pueblos indígenas no contactados o en aislamiento voluntario;
5. La capacidad de la organización social y política de los pueblos indígenas que permite el desenvolvimiento de su autonomía, participación en los ámbitos nacionales, regionales y locales del Estado peruano y demás derechos colectivos (a la tierra y territorio; administrar y conservar recursos naturales; la cultura, identidad y educación; a la personería jurídica, a la administración de justicia; participación política y la consulta); y,
6. La voluntad política de estos pueblos de participar en la nación peruana, tanto en su poder constituyente (Constitución) como en su poder constituido (poderes del Estado).

Bajo las mismas consideraciones, el marco jurídico que se vislumbra sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas plantea la titularidad de los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas como sujetos de derecho. Asimismo, la titularidad recae en estas colectividades y el ejercicio de estos derechos se realiza de manera colectiva o individual. Al establecer el marco de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas, la propuesta debe materializar estos derechos sobre la base de los siguientes contenidos:

Este principio entra en conflicto con algunas disposiciones constitucionales y legales sobre la soberanía de la nación peruana y las facultades del Estado de regular y decidir sobre los recursos naturales, aprovechamiento energético e implicaría una reforma del sistema normativo peruano actual.

En cuanto a la propuesta de reforma constitucional de los “derechos de los pueblos originarios: comunidades campesinas e indígenas del Perú”, esta establece una serie de disposiciones constitucionales entre las cuales encontramos una serie de contradicciones con los actuales dispositivos constitucionales y legales:

1. En cuanto a los derechos de los pueblos originarios y comunidades campesinas y nativas, se reconoce el derecho a la autonomía y autogobierno de los pueblos originarios y a la administración del territorio sin ningún tipo de limitación de este derecho. Sobre la base de este principio se basan los demás derechos. El derecho a la autonomía y autogobierno se manifiesta como el respeto a sus propias formas de organizarse políticamente y de ser reconocidos como “gobierno municipal” en el caso de las comunidades campesinas y nativas;
2. Bajo este derecho, se establece el derecho de consulta, es decir, se “requerirá” previamente el consentimiento libre e informado de los pueblos originarios o comunidades en la formulación e implementación de leyes, medidas administrativas planes y proyectos de desarrollo que afecten o estén relacionadas directa o indirectamente a los pueblos indígenas o sus comunidades, lo que en un futuro impediría o tornaría complejo y lento el desarrollo y la ejecución de políticas públicas del Estado, restringiendo las facultades estatales tradicionales en el ámbito local, regional y nacional;
3. En cuanto a las tierras y territorios, el derecho de territorialidad comprende el respeto (imprescriptibilidad, intangibilidad, inalienabilidad, inexpropiabilidad,

inemargabilidad) de un área física en la cual se desenvuelve un pueblo indígena determinado;

4. Al comprender el territorio la totalidad del hábitat de un pueblo indígena, tanto la superficie, aguas y el subsuelo, así como el control, la administración y el aprovechamiento de sus recursos naturales, se restringe la capacidad de decidir sobre esos recursos por parte del Estado; y,
5. Se señala que los pueblos indígenas tienen derecho de propiedad sobre el conocimiento colectivo de los recursos biogenéticos y sus variantes.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son parte esencial de su “constitución” como entidad colectiva, sin embargo, el ejercicio de estos derechos debe estar concordado con el respeto de los derechos humanos, más que con conceptos jurídico morales que son parte de la tradición de la cultura societaria imperante y de su modelo de sociedad. Al menos, el tema es debatible.

Con respecto al proyecto de ley propuesto por el subgrupo de comunidades nativas (“organizaciones indígenas”), que propone la regulación sobre los pueblos indígenas, se establecen los principios y los conceptos que estructuran los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, en la propuesta se encontrarían nudos de tensión entre lo dispuesto por esta ley y el ordenamiento jurídico nacional o conceptos que deben ser más explícitos:

1. Se refiere a la propiedad comunal, a la propiedad de los territorios, con lo cual lo que debiera ser un ámbito de administración del pueblo indígena se convierte en un predio, lo cual no es estrictamente el caso. Este planteamiento distorsiona el enfoque y hace difícil la aplicación de una propuesta que recoja plenamente los derechos indígenas y que al mismo tiempo no violente los derechos de otros y la propia organización del estado nacional;
2. El principio jurídico se señala que se debe concordar “los avances de la legislación peruana para pueblos indígenas, con los instrumentos internacionales que el Perú ha suscrito en especial los de derechos humanos, el Convenio 169, siendo este el único instrumento internacional sobre la materia;
3. Debe establecerse una clara concordancia en el ejercicio de los derechos individuales, familiares y colectivos de los pueblos indígenas, las comunidades y sus miembros. Muchos derechos señalados en la propuesta de ley tienen carácter

de protección externa, sin embargo, son pocas las restricciones internas que salvaguarden la libertad individual;

4. Se extiende el concepto de comunidades campesinas y nativas y el de pueblos indígenas a zonas urbanas cuando componentes esenciales de estos sujetos es su relación con la tierra o su territorio, teniendo otra naturaleza social y jurídica los ciudadanos “indígenas” que “habitan en los asentamientos urbanos y ciudades, por emigración”.

En cuanto al derecho a la identidad, se establecen derechos individuales de los miembros de los pueblos indígenas, sin embargo, no se mencionan algunas restricciones internas que protejan la voluntad individual de estos miembros cuando quieran ejercer estos derechos individuales. Más aún, cuando se reconocen ciertos derechos especiales a las familias indígenas como colectivos entre los miembros y la organización comunal o de los propios pueblos indígenas, con el peligro de reforzar relaciones jerárquicas y de dominación dentro de las elites de la comunidad. Por otro lado, para los casos que se transgreden las prácticas culturales a través de autoridades encargadas de la política nacional de población, se señalan sanciones administrativas y judiciales, obligando a aplicarse el mayor rigor que el sistema jurídico permite. En ese sentido, se pierde el control de discrecionalidad de la sanción.

Sobre el derecho al consentimiento previo informado, este derecho se convertiría en un limitante para todo tipo de accionar estatal si es que no se establecen órganos y procedimientos de coordinación intercultural, los cuales promuevan acciones estatales cuya decisión recaiga de manera compartida entre instituciones gubernamentales y los representantes de los pueblos indígenas.

Con respecto al proyecto de ley propuesto por el sub grupo de comunidades nativas, que propone la regulación de los pueblos indígenas, con especial atención al tratamiento de los recursos naturales y áreas naturales protegidas, el constitucionalismo latinoamericano reconoce mayoritariamente a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, es decir, estas colectividades son sujetos de derechos que los ejercen tanto individual como colectivamente. Estos derechos relacionados a los recursos naturales y su aprovechamiento son la consulta de la explotación de estos recursos y su participación en su aprovechamiento, regulado bajo la cláusula de concordancia constitucional.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos

naturales, estos están relacionados a sus derechos territoriales. Estos derechos de propiedad territorial comprenden “la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan incluyendo los barriales, las tierras forestales, de protección, álveos, eriazas, islas y reservorios de aguas continentales a los que hayan tenido acceso tradicional y aquellas necesarias al uso y la conservación de los recursos naturales y preservación de los ecosistemas”. Bajo este concepto extenso de propiedad, se establece la “Reserva Indígena” y el derecho de restitución de tierras que afectaría el derecho de propiedad de terceros cuando se señala que “los pueblos indígenas y las comunidades tienen derecho a la restitución de las tierras que han ocupado tradicionalmente, y que hayan sido confiscados, ocupados, usados o degradados, por desconocimiento del trámite de título de propiedad o por despojo” y, sobretodo, por la reubicación por parte de los predios al interior del territorio del pueblo indígena.

Un límite que podría señalarse al actual sistema de protección de áreas naturales protegidas es el consentimiento de los pueblos indígenas, expresado libremente y con pleno conocimiento a través de procedimientos de consulta apropiados para establecer un área natural protegida en los territorios que tradicionalmente han ocupado estos pueblos, pero ¿Cuál será el límite convencionalmente fijado? La fuente de conflictos que esto plantea es inagotable. Pese a la participación de estos pueblos en el manejo y administración de estos pueblos en las áreas naturales protegidas, esto tornaría un proceso lento la creación de áreas que comprenden territorios indígenas. Asimismo, se señala que “las comunidades indígenas podrán ampliar o titular sus tierras dentro de las áreas naturales”, lo que afectaría en un futuro la gestión de los recursos naturales y el beneficio a la nación, sobretodo, cuando se determina que “la propiedad de los pueblos indígenas y comunidades sobre sus territorios constituyen, dentro del marco de la política ambiental del Estado, una figura jurídica preferencial para los objetivos del uso y la conservación y manejo sostenible del ambiente y los recursos naturales”. Se limita seriamente la seguridad jurídica de las áreas naturales protegidas, que no son patrimonio de todos los peruanos.

Por otro lado, la explotación económica de los recursos naturales, turísticos, hídricos, de flora y fauna silvestre, son de exclusivo derecho de los pueblos indígenas y de las comunidades en sus territorios, sobre la base de los planes de manejo comunal, por cual le otorga plena y extensa autonomía de disponer de estos recursos con una necesaria coordinación de la autoridad forestal, por ejemplo. En el caso de

los recursos forestales maderable y no maderable, “dentro de los territorios de los pueblos indígenas y comunidades, las actividades de extracción forestal sólo podrán ser realizadas por éstas”. Asimismo, en los casos de aprovechamiento forestal con fines comerciales se requiere de permiso comunal, poniendo en conocimiento de la autoridad del Sector y cumpliendo el requisito de ejecutar el plan de manejo forestal. En ninguno caso, la autoridad nacional encargada de las concesiones actualmente participa en la decisión del aprovechamiento forestal. Igualmente ocurre con el derecho preferencial de los pueblos indígenas, con respecto a terceras personas, para obtener contratos de aprovechamiento forestal y de reforestación, en el área de influencia de su territorio. Igual condición tiene el recurso de fauna. Otros derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales son los siguientes:

1. El derecho de consulta expresado libremente y con pleno conocimiento de dichos pueblos a través de procedimientos de consulta apropiados para establecer áreas naturales que se establezcan en los territorios que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas;
2. El derecho exclusivo al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales existentes en sus territorios;
3. El derecho exclusivo a la explotación económica de los recursos turísticos, hídricos, de flora y fauna silvestre;
4. El derecho a diseñar e implementar planes de manejo de carácter tradicional e innovador, de recursos naturales en sus territorios, que incluye el uso de cuerpos de agua, recursos forestales maderables y no maderables, fauna, recursos ictiológicos, agroforestería, minería y producción comercial artesanal o a pequeña escala;
5. El derecho preferencial, con respecto a terceras personas, para obtener contratos de aprovechamiento forestal y de reforestación, y de fauna, en el área de influencia de su territorio;
6. El derecho a explotar de manera sustentable los minerales y otros recursos no renovables al interior de territorios indígenas podrán ser por los pueblos y comunidades indígenas, según propia decisión;
7. El derecho a aprobar la exploración y/o explotación de minerales o hidrocarburos ubicados en territorio indígena con terceros deberá efectuarse mediante el Estudio de Impacto Ambiental social del proyecto. Asimismo, los pueblos indígenas

tienen derecho a establecer indicadores propios y consensuados para monitorear el EIA-Social; y,

8. El derecho a recibir los beneficios de los recursos naturales y/o explotación de minerales o hidrocarburos para el uso y administración directa de los pueblos indígenas a través de sus organizaciones.

Muchos de estos derechos involucrarían una reforma constitucional a los artículos 66 y 67 de la Constitución. Los recursos naturales, renovables y no renovables, no serían completamente patrimonio de la Nación. El Estado no sería soberano en su aprovechamiento por lo que existiría una incompatibilidad entre los derechos anteriormente señalados y estos dispositivos constitucionales. Se generaría una distinción entre los ciudadanos sin derechos de propiedad sobre los recursos naturales y los que si los tendrían.

Con respecto a la forma jurídica de adaptar a la realidad nacional, el concepto de pueblos indígenas que contiene el Convenio 169 y en sí, todas sus disposiciones, más aún si no son cumplidas por la administración pública. El reconocimiento constitucional de “comunidades campesinas y nativas” (art. 89, Const. 1993) ha sido duramente criticado por la corriente del constitucionalismo multicultural. La crítica se ha basado sobre la argumentación que las comunidades campesinas y nativas son organizaciones políticas que han atomizado e imposibilitado la creación de una identidad cultural “integral” entre los pueblos indígenas, al ser divididos política y socialmente en unidades fragmentarias que se reconocen a sí mismas como sujetos de derecho. Este es el argumento político de la propuesta maximalista de las organizaciones indígenas.

Los pueblos indígenas no son, por lo tanto, una ficción, no pueden considerarse una persona jurídica como una sociedad anónima, sino un tipo de entidad colectiva que tiene la posibilidad de ser sujeto de derecho mediante estas facultades o derechos. Son una comunidad con identidad; esta identidad, como valor, les otorga personería “jurídica” autónoma, y esta personería les irroga capacidad para poder ejercer los derechos que están relacionados a los intereses de la comunidad nacional. Sin embargo, la capacidad jurídica está basada sobre su capacidad política y social en organizarse como una identidad colectiva; esta organicidad política es esencial para sus reivindicaciones y para ejercer la titularidad de los derechos colectivos en el sistema normativo peruano.

Por lo tanto, el concepto de pueblos indígenas no es enteramente contradictorio con el sistema normativo peruano. Sin embargo, consideramos que una posible tensión de conflicto se podría encontrar en el reconocimiento directo de los pueblos indígenas, concurrentemente con las comunidades campesinas y nativas. Sin aún tener una estructura política cohesionada, sin una conciencia colectiva de su identidad, sin mecanismos representativos de los pueblos indígenas, se tornaría más complejo reconocer la subjetividad a organizaciones políticas que representen supuestamente a pueblos indígenas. Ello produciría una mayor atomización de los pueblos indígenas con el peligro de reconocer a cada comunidad como un pueblo indígena. En ese sentido, debe promoverse un sistema adecuado para la transición del reconocimiento de la subjetividad de los pueblos indígenas que partiendo del actual régimen de comunidades. Asimismo, bajo este régimen es necesario promover y crear mecanismos de organización intercomunidades e interculturales que logren establecer una estructura social y política que represente y unifique a los miembros de un pueblo indígena. La expresión social y jurídica de los pueblos indígenas en nuestra realidad nacional son actualmente las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, es necesario crear estos mecanismos de coordinación y constitución de organizaciones sociales y políticas de los pueblos indígenas en el Perú.

Es recomendable dar un avance hacia el establecimiento de territorios indígenas, por ámbitos geográficos y no de cada comunidad (el cual en muchos casos está conformado solo por pocas familias) reemplazando el concepto de propiedades comunales por el de circunscripciones administrativas que incluyan a las comunidades reconocidas y un ámbito de influencia (planteado en el proyecto como “ámbito de influencia”) definiéndose así un territorio definitivo por acuerdo entre el estado nacional y estos pueblos originarios.

3.2.2. LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

3.2.2.1. PERSONERÍA JURÍDICA

La historia legal de las comunidades campesinas y nativas del Perú se inició con el Decreto del 4 de julio de 1825, utilizando el término “Peruanos indígenas” para referirse a la prohibición de la esclavitud para los indígenas:

“Art. 1. Que ningún individuo del Estado exija directa e indirectamente el servicio personal de los peruanos indígenas sin que preceda un contrato libre de precio de su trabajo”.

El término “pueblo de peruanos”. “indios” o “pueblo de indios”, eran muy comunes durante el siglo XIX. Es recién en el siglo XX, que el término de “comunidades de indígenas” es utilizado a nivel constitucional, específicamente, en la Constitución Política del año 1920, cuyo artículo 41 reconocía la imprescriptibilidad de los bienes de propiedad de las “comunidades de indígenas”, al mismo nivel que los bienes de propiedad del Estado y de instituciones públicas:

“Art. 41º.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley”.

Asimismo, el artículo 58 reconocía que un régimen especial para la raza indígena y la existencia legal de las comunidades de indígenas:

“Art. 58.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Este régimen se convirtió en una institución constitucional cuando en las siguientes constituciones se reconocía dicho régimen especial de organización de los pueblos indígenas. El Título XI de la Constitución Política de 1933 señaló la existencia legal y personería jurídica de las comunidades de indígenas, el estatus especial de su propiedad y las responsabilidades del Estado ante dichas comunidades. Es con la Reforma Agraria de 1969, en que se produce una clasificación de las comunidades indígenas, pues la denominación “campesino” o “comunero” reemplaza al término “indio” en el discurso legal nacional. La Ley de Reforma Agraria (art. 115) estableció que a partir de su promulgación, “las Comunidades de Indígenas se denominarán Comunidades Campesinas”¹⁸⁴.

En la actualidad, se ha querido negar la titularidad del derecho a la consulta a las comunidades campesinas, porque ya no son pueblos tradicionales o han entrado en contacto con la sociedad nacional, o son considerados mestizos, un discurso restrictivo de derechos, con la finalidad de excluir a las comunidades campesinas del

marco de protección del Convenio 169. Por ejemplo, el ex presidente Humala declaró el 2013 durante los problemas de implementación de la Ley de Consulta Previa:

“(…) definir cuáles son comunidades nativas y cuáles no (...), en la costa del país básicamente no hay comunidades nativas (...) en la sierra, la mayor parte son comunidades agrarias producto de la reforma agraria. Más que todo se dan comunidades nativas en la selva, que eran llamadas no contactadas”¹⁸⁵.

Asimismo, el sector privado también negaron la subjetividad de las comunidades campesinas como pueblos indígenas, afirmando que las comunidades campesinas eran un invento del gobierno militar de los setentas”¹⁸⁶. Es claro que el concepto de “campesino” reemplaza al de “indio”, sin embargo, con ello no se pierde las características originarias y culturales de acuerdo a lo señalado por el artículo 1 del Convenio 169. Además, el Tribunal Constitucional ha identificado a las Comunidades Campesinas como “pueblos y culturas originarios y ancestrales”¹⁸⁷. A nivel internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁸ y el Grupo del Banco Mundial¹⁸⁹, consideran que las comunidades campesinas son pueblos indígenas. En consecuencia, el reconocimiento de derechos indígenas no puede ser reducido a una discusión sobre términos sino que aplicando el principio de progresividad, interpretación pro juris hominum, se debe aplicar el régimen de derechos de pueblos indígenas a las comunidades campesinas, evitando eximir de una obligación jurídica con basamento de derecho nacional e internacional.

El artículo 89 de la Constitución señala que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. El TCP ha señalado que dicho artículo reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades

¹⁸⁴ Decreto Ley N.º 17716, *Ley de Reforma Agraria* (24 de junio de 1969) establecía: “Para los efectos de la presente Ley, a partir de su promulgación, las Comunidades de Indígenas se denominarán Comunidades Campesinas”.

¹⁸⁵ Torres, Javier, “Confusiones Presidenciales”, disponible en el siguiente enlace:

(<https://redaccion.lamula.pe/2013/05/01/confusiones-presidenciales-por-javier-torres/paolososa/>).

¹⁸⁶ Entrevista a Roque Benavides, gerente general de la Compañía Minera Buenaventura S.A.A., de la cual forma parte de la Minera Yanacocha S.R.L que es una de las mineras más grandes del Perú. Agenda Política, entrevista a Roque Benavides, 22 de Septiembre 2013, Disponible en:

(https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=MKD7sRVu56E).

¹⁸⁷ Exp. N.º 00042-2004-AI/TC, Fj. 1.

¹⁸⁸ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. (2 Junio 2000), Capítulo X, “Derechos de las Comunidades Indígenas”

¹⁸⁹ Grupo del Banco Mundial, *Informe de evaluación del personal del Banco Mundial para el proyecto de manejo de recursos naturales de la Sierra y alivio de la pobreza*, Informe N.º 15710-PE (Washington: Banco Mundial, 1996).

directamente, sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna¹⁹⁰. Por lo tanto, el TCP ha declarado que las comunidades campesinas y nativas tienen un estatus jurídico “excepcional y privilegiado” que consiste en ser personas jurídicas per se, es decir, el acto administrativo de inscripción de las comunidades campesinas y nativas es declarativo y no constitutivo¹⁹¹, la ausencia de este formalismo no puede negar la existencia de su personería jurídica. Por ello el TCP ha señalado que:

“No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (...) terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con el Convenio N.º 169”¹⁹².

Se ha reconocido que el derecho a la existencia y la autonomía de las comunidades campesinas y nativas se concuerda con el derecho de asociación protegido por el artículo 2, inciso 13 de la Constitución de 1993¹⁹³. Es preciso señalar que el TCP ha relacionado el reconocimiento de la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades con el enfoque social de la persona humana como miembros de una sociedad multicultural¹⁹⁴. Asimismo, la CIDH ha señalado que la personalidad jurídica de los pueblos indígenas constituye el reconocimiento formal de derechos ya existentes:

“[El] otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”¹⁹⁵.

En consecuencia, el derecho al reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas es un derecho fundamental porque les permite ejercer todos sus derechos colectivos. Además, existe el deber estatal de llevar a cabo acciones positivas para facilitar el reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas. La CIDH señaló que la obligación estatal sería la siguiente:

“[El] Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo (...), con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones,

¹⁹⁰ Exp. N.º 04611-2007-PA/TC, Fj. 22.

¹⁹¹ Exp. N.º 04611-2007-PA/TC, Fj. 25.

¹⁹² Exp. N.º 04611-2007-PA/TC, Fj. 26.

¹⁹³ Exp. N.º 02939-2008-PA/TC, Fj. 9.

¹⁹⁴ Exp. N.º 00042-2004-PI/TC, Fj. 1.

¹⁹⁵ Caso Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 82.

y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley”¹⁹⁶.

Es claro que uno de los objetivos principales del reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas es asegurar el uso y goce del territorio comunal. La CIDH ha considerado que el incumplimiento del deber estatal de reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas, se generan una serie de violaciones al Pacto de San José. Es decir, se produce una violación del derecho a la personería jurídica (artículo 3), derecho de propiedad (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25), a ejercer sus derechos sin discriminación (artículo 1.1), y al deber estatal de adoptar las medidas legislativas para hacer efectivos esos derechos (artículo 2)¹⁹⁷.

3.2.2.2. REGULACIÓN DE LA ASAMBLEA DE LAS COMUNIDADES

En el marco regulatorio nacional, ha habido intentos a debilitar la institucionalidad y los derechos ya reconocidos de las comunidades. Se ha tratado de desconocer las tradicionales ancestrales de cómo se organizan las comunidades campesinas y nativas en distintas partes de la Amazonia y Andes Peruano¹⁹⁸. En los últimos años se han promulgado diversas normas procedimentales que pretenden reducir el ejercicio de los derechos de las comunidades. Como las decisiones de las comunidades se expresan a nivel de asamblea y muchas de sus prácticas tradicionales son complejas y diferentes, pueden tomar mucho tiempo, se ha pretendido debilitar estas prácticas, y facilitar sus decisiones y así reducir el tiempo que puede tomar la implementación de la inversión, teniendo ya el acuerdo de la comunidad. En ese sentido, los intentos de la regulación de la Asamblea Comunal, modificando la Ley de Comunidades Campesinas -promulgada antes de la Constitución de 1993-, reduciendo el porcentaje establecido para disponer, gravar, arrendar o ejercer actos sobre las tierras comunales, o eliminándolo y reduciendo los actos decisorios a la decisión de la Junta Directiva y ya no a la Asamblea. En el siguiente cuadro, se precisará el marco legal existente relacionado a este acápite:

¹⁹⁶ Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 174.

¹⁹⁷ Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 175

¹⁹⁸ RÍOS, Candelaria, *Participación y Representación legislativa de Afroperuanos e Indígenas*, Tesis de Maestría en Sociología, Lima UNMSM, 2015, 131 y ss.

Cuadro 22 Legislación de Comunidades

Ley General de Comunidades Campesinas Ley N.º 24 656 (30 de marzo de 1997) y Reglamento¹⁹⁹	
Territorio comunal	Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previa acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad (art. 7).
Uso de bienes y servicios de la Comunidad	Todos los comuneros tienen derecho a hacer uso de los bienes y servicios de la Comunidad, en la forma que establezca su Estatuto y los acuerdos de la Asamblea General (art. 6).
Órgano representativo	La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad (art. 17).
Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas – Ley N.º 26505 ²⁰⁰ .	
Territorio Comunal	Artículo 11.- Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá el Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.
Dispositivos normativos y proyectos de ley	
Decreto Supremo N.º 001-2015-EM	Establece que será la Junta Directiva, y no la Asamblea Comunal, la que decidirá aprobar la realización de actividad minera en su territorio despojando de esta facultad a la máxima instancia de gobierno de las comunidades campesinas, vulnerando la autonomía comunal y modificando mediante una norma de menor jerarquía lo dispuesto por la Ley N.º 24656, Ley General de Comunidades Campesinas (Art. 3.1, c, iii) ²⁰¹ .
Proyecto de Ley N.º 2462/2012-CR	Intenta rebajar la votación para que las comunidades campesinas de la sierra dispongan de sus tierras comunales. La pretendida reducción es de dos tercios al cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la asamblea instalada ²⁰² .
Decreto Legislativo N.º 1333	Crea el Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP) que se encarga de definir la necesidad de la reubicación, además de tener la facultad para convocar a asambleas de las comunidades, violando la constitución art. 89 respecto a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas y nativas (artículo 3, h) ²⁰³ .

Fuente: Quispe, 2017.

La intención estatal ha sido de facilitar la inversión, tratando de evitar las decisiones de la Asamblea Comunal, como la enajenación de los bienes de la comunidad, o de su propia propiedad comunal, en favor de terceros, sea decidida por la junta directiva de la Comunidad. Esta simplificación de los requisitos que facilitan el acceso a la propiedad comunal y los dispositivos y proyectos señalados son una clara muestra de ello.

¹⁹⁹

Ver: <http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/ley%20general%20de%20comunidades%20campesinas.pdf>

Reglamento: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/4.pdf

²⁰⁰ Ver:

<http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Ley%2026505%20Ley%20de%20inversion%20en%20tierras%20de%20comunidades.pdf>

²⁰¹ Ver: http://www.conveagro.org.pe/sites/default/files/ds001-2015.em_.pdf

²⁰² Ver:

<https://ia600402.us.archive.org/2/items/ProyectoDeLey24622012-cr/PyLey2012.2012.CR.pdf>

²⁰³ Ver:

<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-legislativo-para-la-simplificacion-del-acceso-a-pred-decreto-legislativo-n-1333-1471011-5/>

Con mayor detalle, en enero de 2015, se promulgó el Decreto Supremo 001-2015-EM, en el que se aprueban disposiciones que simplifican los procedimientos mineros. El art. 3 señala la simplificación para el procedimiento de concesión de beneficio bajo el Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. 018-92-EM), señalando facilidades especiales y extraordinarias para actividades de exploración y explotación en concesiones mineras, una de ellas requeridas para el procedimiento, que acredite la autorización del terreno superficial donde se desarrollará el proyecto; y en el caso de terrenos superficiales que se encuentren bajo propiedad o en posesión de comunidades campesinas, solo se exige dos documentos de expresión de voluntad para cumplir con el procedimiento:

1. Copia legalizada del Acta de la Junta Directivas de la Comunidad Campesina que otorga la autorización del uso del terreno superficial a favor del solicitante, así como la designación de los representantes de la misma, autorizados para suscribir el acto de disposición correspondiente a favor del solicitante.
2. Copia legalizada del documento de fecha cierta que autoriza el uso del terreno superficial por parte de la Comunidad Campesina donde se desarrollará el proyecto a favor del solicitante²⁰⁴.

El procedimiento minero afectaría el acuerdo previo entre comunidades y el titular de la inversión, concesión, simplifica esa relación que muchas veces es una de las causantes de los conflictos socioambientales. El primer documento se deriva del segundo, y al obtenerse la aprobación de los titulares de la comunidad, todo actor posterior queda en manos de la Junta Directiva de la comunidad.

El primer documento exigido derivaría del segundo, al conseguirse la aprobación de los titulares de la Comunidad de todo acto posterior, quedaría en manos de la Directiva Comunal. Una cosa es cierta, en espacio andino y especialmente con las comunidades campesinas que tienen una identidad cultural diferente, la simplificación y falta claridad de obtener su voluntad, complicaría aún más la situación de un acuerdo previo entre dos actores.

3.2.2.3. INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA

²⁰⁴ Parágrafos c y d, inciso 3.1. del art. 3 del DS 001-2015-EM.

En 1921, el Ministerio de Fomento establece la Dirección de Asuntos Indígenas DAI que promovió el Comité Pro-Derecho Indígena y en 1922 funda el Patronato de la Raza Indígena para atender legalmente a las comunidades. En 1935, la DAI pasó a formar parte del Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Provisión Social, luego, en 1942 con el nombre de Dirección de Trabajo y Asuntos Indígenas se trasladó al Ministerio de Justicia y Trabajo. En 1946 se instaura el Instituto Indigenista Peruano IIP con el objetivo de propiciar la “integración” de los indígenas al Estado, adscrito al Ministerio de Justicia. En 1949 se crea el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, en 1965 se modifica su nombre al de Ministerio de Trabajo y Comunidades, en 1968 cambia a Ministerio de Trabajo y en 1969 instituye la Dirección General de Integración Indígena²⁰⁵.

En 1981, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social adscribe al IIP como un Organismo Público Descentralizado OPD, luego lo traslada a su Viceministerio de Promoción Social en 1986 y en 1990 lo integra a su Dirección General de Comunidades Campesinas y Nativas. En 1992 el IIP es adscrito al Ministerio de Agricultura, un año después es trasladado al Viceministerio de Agricultura, en 1996 transferido al Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano PROMUDEH y disuelto ese mismo año. En 1997 se instaura la Unidad de Programas para Poblaciones Indígenas UPPI, dependiente de la Oficina de Desarrollo Productivo dentro de la Gerencia de Desarrollo Humano del PROMUDEH²⁰⁶.

En 1998 se establece la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas SETAI como órgano de coordinación del PROMUDEH, que contó con la asistencia técnica permanente del Banco Mundial. El nacimiento de SETAI estuvo ligado los intereses del Banco, pronto se asoció con su Proyecto de Desarrollo de los Pueblos indígenas y Afroperuanos PDPIA, puesto en marcha en 2000, lo que condujo a la gestión de un préstamo de 5 millones de dólares al Estado para la ejecución de planes participativos para los pueblos indígenas acorde al PDPIA. En este contexto, el Banco solicitó que SETAI integrara a dos representantes indígenas andinos y dos amazónicos para facilitar la participación de sus organizaciones²⁰⁷.

²⁰⁵ ABANTO, Alicia. “La institucionalidad indígena en el Perú”. En *Revista Argumentos*, año 5, n° 4. Setiembre 2011. Disponible en http://revistargumentos.org.pe/la_institucionalidad_indigena_en_el_peru.html (consulta mayo 2014)

²⁰⁶ PAJUELO, Ramón. *Participación política indígena en la sierra peruana. Una aproximación desde las dinámicas nacionales y locales*. Lima: IEP/Fundación K. Adenauer, 2006, p. 71.

²⁰⁷ ALBÓ, Xavier. *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: CIPCA, 2008; Pajuelo, op. Cit., p. 72.

El periodo de transición democrática iniciado en el gobierno de Valentín Paniagua 2000-2001 sentó las bases para un diálogo permanente con los pueblos indígenas. Se promulgó la Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas (R.M. N° 159-2000-PROMUDEH) y SETAI inició un interesante proceso de diálogo con las comunidades indígenas.

En el 2001 SETAI impulsó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas (D.S. 015-2001-PCM) encargada de estudiar la problemática indígena, así como de formular, dentro de 120 naturales posteriores a su instalación, propuestas integrales para garantizar la plena vigencia de sus derechos que serían presentadas a la Presidencia del Consejo de Ministros PCM. Para ello, se estableció una Mesa de Diálogo y Cooperación con los representantes de las Comunidades Nativas, encargada de dar una propuesta para resolver diferentes temas identificados que afectaban a las comunidades nativas.

Para institucionalizar este proceso en junio de 2001 se constituyó la Mesa de Diálogo Permanente para la solución de los problemas de las comunidades indígenas de la Amazonía peruana (D.S. 072-2001-PCM). Resultado de ello fue la creación de un Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios de las Comunidades Nativas²⁰⁸. Ese mismo año también se constituye la Comisión de Asuntos Indígenas CAI dentro del PROMUDEH, como un órgano multisectorial con representación indígena, por lo que la voluntad de institucionalizar las demandas indígenas se concretaban en SETAI y en CAI.

Luego SETAI es incorporada al Ministerio de Agricultura y el ex-presidente Alejandro Toledo constituye la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos CONAPA, dependiente de la PCM. Se estableció que la secretaría de CONAPA sería SETAI, pero con el tiempo fue absorbida. El CONAPA no logra estabilidad, se generan conflictos internamente entre las organizaciones indígenas que participan, la institución se deslegitima por acusaciones de corrupción y en el 2004 Alejandro Toledo la disuelve.²⁰⁹

²⁰⁸ “Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios de las Comunidades Nativas”. En el Diario Oficial El Peruano. Lima, 24 de junio de 2001.

²⁰⁹ PAJUELO, Ramón. “Perú: política, etnicidad y organizaciones indígenas”. En PAJUELO, Ramón. *Reinventando comunidades imaginadas. Movimientos indígenas, nación y procesos sociopolíticos en los países centroandinos*. Lima: IEP-IFEA, 2007. Capítulo 3, pp. 119-125; DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM. *El Derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: DPLF/OXFAM, 2011, p. 83.

En el 2005 Alejandro Toledo instauro el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos INDEPA²¹⁰, como OPD con rango ministerial y adscrito a la PCM. Su objetivo era dirigir la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano. La Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley de creación del INDEPA, le obligaba a presentar un informe anual a la Presidencia del Congreso de la República sobre los avances realizados en sus políticas de desarrollo, debido a que sustituía las labores que desempeñaba la Mesa de Diálogo Permanente para la solución de los problemas de las comunidades indígenas de la Amazonia peruana del 2001.

La creación del INDEPA tuvo grandes expectativas, sin embargo, atravesó una serie de cambios por los cuales no pudo ejercer plenamente sus fines. Por D.S. N° 001-2007-MIMDES publicado en febrero de 2007 se realiza la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES, convirtiéndose en la Dirección Nacional de Pueblos Originarios y Afroperuanos (DGPOA). Posteriormente, en diciembre de 2007, la Ley 29146 deja sin efecto su fusión, convirtiéndolo nuevamente en OPD adscrito a la PCM. En la práctica se desactiva hasta marzo de 2008 cuando el D.S. 001-2008-MIMDES dispone nuevamente su adscripción al MIMDES como OPD. Luego, el D.S. N° 034-2008-PCM de mayo de 2008 califica al INDEPA como un Organismo Público Ejecutor, en virtud de la modificación de la Ley 29158, *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo* (LOPE), que realiza una nueva clasificación de los organismos públicos.

A causa de los sucesos de Bagua, en junio de 2009, el MINDES declaró la reorganización del INDEPA en 60 días (D.S. N° 006-2009-MIMDES) y luego se dispuso la constitución de una comisión sectorial encargada de evaluar, analizar y recomendar las medidas de reforma del INDEPA (R.M. N° 277-2009-MINDES). También se constituyó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos GNC mediante Resolución Suprema N° 117-2009-PCM, para formular un Plan Integral de Desarrollo Sostenible para dichos pueblos en un plazo de 120 días. Participaron las organizaciones indígenas nacionales AIDASEP y

²¹⁰ El INDEPA se aprueba el 6 de abril del 2005 mediante Ley N° 28495 publicada el 15 de abril. El 10 de agosto del 2005 se aprueba el Reglamento del INDEPA mediante D.S. N° 065-2005-PCM.

CONAP, organizaciones indígenas regionales, PCM, ministerios, gobiernos regionales, iglesias y sociedad civil²¹¹.

Se conformaron 4 mesas de diálogo que tuvieron diferentes tareas. La Mesa N° 4 se encargó de elaborar la Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico, que no fue implementado. La propuesta elaboró lineamientos estratégicos agrupados en 16 capítulos que desarrollan objetivos y acciones que las entidades públicas tenían que implementar. Uno de los capítulos desarrolla la gobernabilidad y administración de justicia en las comunidades indígenas de la Amazonía, formulando dos objetivos importantes, uno relacionado a promover las políticas públicas de reconocimiento de los sistemas normativos indígenas de justicia y el otro proporcionó una serie acciones para implementar una institucionalidad indígena:

Cuadro 23 Prioridades Política Indígena

Objetivo L2: Establecer mecanismos que permitan la participación e inclusión de los pueblos indígenas en el diseño e implementación de las políticas de gobierno	
Acción L2.1	Modificar la calificación del INDEPA, emitiendo el Decreto Supremo mediante el cual pasa a ser Organismo Técnico Especializado, asignándole un presupuesto de acuerdo a sus nuevas funciones.
Acción L2.2	Elaborar y aprobar el Reglamento de Organización y Funciones del INDEPA, considerando los aspectos de su estructura, funcionamiento, presupuesto y rendición de cuentas, con la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas de la Amazonía.
Acción L2.3	Modificar la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo-LOPE, a fin de incluir la participación de los representantes de los pueblos indígenas en los Consejos Directivos de los organismos públicos.
Acción L2.4	Modificar la Ley 28495 ²¹² , adecuándola a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, con la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
Acción L2.5	Incrementar y garantizar la representación equitativa de los pueblos indígenas de la Amazonia en el Consejo Directivo del INDEPA, para lo cual se deberá implementar mecanismos de elección de los representantes, con la participación de las comunidades de base, a fin de garantizar su legitimidad.
Acción L2.6	Difundir las funciones y programas del INDEPA, en los respectivos idiomas de los pueblos indígenas de la Amazonía.
Acción L2.7	Garantizar que el desarrollo de los perfiles de los servidores públicos del INDEPA, consideren las competencias (idioma, interculturalidad, etc.) para desempeñarse de acuerdo a las demandas de los pueblos indígenas.
Acción L2.8	Establecer el mecanismo de la cuota de participación de los representantes de los pueblos indígenas de la Amazonía en los Consejos de Coordinación Regional y Local, de aquellas zonas con presencia de pueblos indígenas.
Acción L2.9	Fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas amazónicos, en mecanismos que mejoren su participación en la toma de decisiones en la ejecución y fiscalización del ejercicio de la función pública, considerando la pertinencia cultural y su idioma.

²¹¹ Según el artículo 2 de la Resolución Suprema N° 117-2009-PCM mediante la cual se constituyó el GNC, el INDEPA prestaba apoyo administrativo, sin embargo, ello quedó sin efecto en agosto de 2009 por el artículo 1 de la Resolución Suprema N° 211-2009-PCM que modifica la Resolución Suprema N° 117-2009-PCM. Ello no significó la abstracción de la obligación del INDEPA en presentar su informe anual ante la Presidencia del Congreso de la República.

²¹² Ley N° 28495, Ley de creación del INDEPA.

Acción L2.10	Difundir las normas de participación ciudadana en los idiomas de los pueblos indígenas de la Amazonía; en coordinación con sus organizaciones representativas.
Acción L2.11	Incluir en los organigramas del gobierno nacional, gobiernos regionales y locales con población indígena, instituciones (Direcciones de línea, Gerencias o Direcciones) responsables de atender y solucionar las demandas de los pueblos indígenas de la Amazonía. Así como implementar programas que beneficien directamente a los Pueblos indígenas de la Amazonía, revalorando su identidad.
Acción L2.12	Implementar en los censos y encuestas del INEI, la identificación de poblaciones indígenas amazónicas y andinas.
Acción L2.13	Implementar mecanismos y canales de denuncia de actos de corrupción y la violación de las normas por parte de los servidores públicos, policiales y militares.
Acción L2.14	Establecer un régimen especial que permita la representación directa de 10 congresistas de los pueblos indígenas de la Amazonía en el congreso de la República; para lo cual se deberá establecer un proceso electoral único interno para los pueblos indígenas de la Amazonía.
Acción L2.15	Evitar la existencia de autoridades políticas designadas por el gobierno como gobernadores, tenientes gobernadores y agentes municipales en las comunidades indígenas de la Amazonía ya que estas cuentan con su propia organización política y de administración de justicia. Sin embargo se deberá respetar la designación de los Registradores Cíviles en las comunidades estratégicas que la población lo requiere.
Acción L2.16	Modificar el régimen de elecciones de gobiernos locales y regionales a fin de eliminar la cuota actual de participación de los pueblos indígenas en los gobiernos locales y regionales, ya que esto conlleva a la división de los pueblos indígenas por los partidos políticos, debilitando de esta manera su participación democrática como pueblos.
Acción L2.17	Incluir en los programas de defensoría del pueblo profesionales indígenas, así mismo en las oficinas descentralizadas deberá contar con representantes de los pueblos que puedan entender el idioma de los propios pueblos, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Fuente: Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico Mesa N° 4 del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos creado por DS 117-2009-PCM, modificado por DS 221-2009-PCM. Lima, Diciembre 2009.

Luego de ello, el INDEPA siguió con sus múltiples modificaciones que perjudicaron al fortalecimiento de la institucionalidad indígena en el país. En febrero de 2010 se adscribe el INDEPA a la PCM (D.S N° 022-2010-PCM), dos meses después lo califica como un Organismo Público Técnico Especializado (Decreto Supremo N° 048-2010-PCM). En julio de 2010 mediante Ley N° 29565 *Ley de Creación del Ministerio de Cultura*, se adscribe el INDEPA al Ministerio de Cultura (artículo 11). En septiembre de 2010 por D.S N° 001-2010-MC y modificado por el D.S N° 002-2010-MC en octubre de 2010 se aprueba la fusión bajo la modalidad de absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura (artículo 1.1, literal b).

Paralelamente a este proceso, en agosto de 2010 la *Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico* fue actualizada por el Ministerio de Agricultura-MINAG, por ser la entidad encargada de presidir el GNC²¹³, a través de una matriz de seguimiento que posteriormente fue remitida a la PCM y a las entidades del Estado responsables de su implementación. En diciembre de 2010 mediante D.S N° 107-2010-PCM se

²¹³ De acuerdo a lo que señala la Resolución Suprema N° 211-2009-PCM de agosto del 2009 la cual modifica la Resolución Suprema N° 117-2009-PCM mediante la cual se constituyó el GNC.

constituyó la *Comisión Multisectorial encargada del seguimiento y facilitación del cumplimiento de acuerdos que resultaron del GNC*, adscrita al MINAG y encargada de elaborar las propuestas de implementación de esos acuerdos²¹⁴.

Luego, mediante R.M. N° 006-2011-MC de fecha 12 de enero de 2011 se aprueba el Manual Operativo de la Unidad Ejecutora 1368 MC – INDEPA y el 26 de enero mediante R.M N° 039-2011-MC se precisa que el INDEPA es la Unidad Ejecutora N° 004 del Ministerio de Cultura²¹⁵. En mayo del mismo año, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones ROF del Ministerio de Cultura (D.S. N° 001-2011-MC), el cual derogó el Manual Operativo del INDEPA y transfirió sus funciones al Viceministerio de Interculturalidad²¹⁶.

Durante ese proceso, la PCM se encargó de la matriz de seguimiento de los acuerdos de la Mesa N° 4, realizada por el MINAG, desde una perspectiva de prevención de conflictos sociales. Por ello, se firmaron los acuerdos del Acta de

²¹⁴ La GNC estuvo conformada por un representante del Ministerio de Cultura (quien la preside), Ministerio del Ambiente, Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, Organismo de Formalización de la Propiedad Informal COFOPRI, Consejo Interregional Amazónico CIAM; representantes de los Gobiernos Regionales y de las comunidades nativas a través de sus organizaciones representativas nacionales. Las organizaciones regionales participarían en los Comités Regionales.

²¹⁵ Las Unidades Ejecutoras tienen funciones de índole presupuestal y financiera establecidas en el artículo 6 de la Ley N° 28112 *Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público*. Asimismo, en el artículo 30 de la Ley N° 29158 *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo* se definen a estas unidades:

“Artículo 30°.- Organismos Públicos Ejecutores

Los Organismos Públicos Ejecutores ejercen funciones de ámbito nacional. Se crean cuando existen las siguientes condiciones: 1. Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o 2. se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos.

Los Organismos Públicos Ejecutores:

1. Están sujetos a lineamientos técnicos del Sector del que dependen; y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con estos.

2. Su política de gasto es aprobada por la entidad de la que dependen, en el marco de la política general de gobierno.

3. No tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el Ministerio del cual dependen.

4. Están dirigidos por un Jefe, cuyo cargo es de confianza. Por excepción, podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos, su Consejo Directivo estará integrado solo por los Ministros o los representantes de los sectores correspondientes.”

²¹⁶ Sobre ello, el Informe N° 105-2012-INDEPA/OT INST explica lo siguiente: Mediante Memorando N° 208-2011-VMI-MC de diciembre de 2011, el Viceministerio de Interculturalidad encarga a la UE N° 004-INDEPA las siguientes líneas de trabajo para su Despacho: a) apoyo técnico a la implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT, b) apoyo técnico al desarrollo de políticas sobre protección y defensa de los Pueblos indígenas en situación de Aislamiento y Contacto Inicial, c) desarrollo de propuestas en materia de Institucionalidad Estatal sobre Pueblos Indígenas. En enero de 2012 mediante la Resolución Jefatural N° 001-2012-INDEPA/J se aprueba la Directiva N° 001-2012-INDEPA/J que regula la organización funcional de INDEPA. Por ello, se constituyen 3 oficinas técnicas en nombre de las líneas de trabajo encargadas por el Viceministerio de Interculturalidad. Mediante Memorando N° 140-2012-VMI/MC de julio de 2012 el Viceministerio de Interculturalidad especificó los encargos para estas oficinas. La Oficina Técnica de Implementación de Derecho a la Consulta presta apoyo técnico a la implementación del derecho a la consulta previa y se encarga de elaborar informes sobre promoción del diálogo intercultural en los casos de conflictividad social que implique a pueblos indígenas. La Oficina Técnica de Protección a Pueblos Indígenas en situaciones Aislamiento y en Contacto Inicial realiza las labores de Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial Ley N° 28736, así como la elaboración de documentos para los órganos de línea del Viceministerio de Interculturalidad. La Oficina Técnica de Institucionalidad Estatal Sobre Pueblos Indígenas brinda asesoría técnica a las propuestas de institucionalidad. Estas oficinas realizan sus actividades de acuerdo a los lineamientos e instrucciones de los órganos de línea del Viceministerio de Interculturalidad y las reportan a la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos.

Satipo del “I Encuentro Macro Regional de los Pueblos indígenas de la Selva Central para la Inclusión Social”, celebrada el 24 y 25 de febrero de 2012, en donde se acordó que el Viceministerio de Interculturalidad construiría de manera participativa la propuesta de institucionalidad indígena. En el Informe N° 067-2012-MC-VMI-INDEPA/OT INST de junio del 2012 se pone en conocimiento la información proporcionada por Wilmer Vilca de la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales de la PCM, indicando que la PCM se encuentra a la espera que el Ministerio de Cultura se encargue del seguimiento de acuerdos de la Mesa N° 4 del GNC.

Una de las funciones del INDEPA, como se ha señalado anteriormente, fue remitir anualmente un informe a la Presidencia del Congreso sobre sus avances en cuanto sus políticas de desarrollo a los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano. En ese sentido, debido a que las funciones y acciones específicas señaladas en la Ley de creación del INDEPA se integraron a las demás señaladas para el Viceministerio de Interculturalidad en la Ley de creación del Ministerio de Cultura, las mismas que son desarrolladas por su ROF, le compete al Viceministerio ahora realizar el seguimiento a la implementación de la *Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico* (realizada por la Mesa N° 4 del GNC, que retoma el *Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios de las Comunidades Nativas* del 2001), incluido dentro del informe anual que le corresponde presentar a la Presidencia del Congreso de la República²¹⁷.

Estos acuerdos son de real importancia y es necesario el monitoreo del cumplimiento del documento, no sólo lo referido a la institucionalidad indígena, pues implica una serie de asuntos prioritarios para los pueblos indígenas. Las organizaciones indígenas deben exigir un avance respecto a esas acciones y las nuevas propuestas de institucionalidad indígena deben incluir el desarrollo de este Plan que fue elaborado en consenso con múltiples actores de nuestro país.

Lo más cercano al desarrollo de la institucionalidad indígena es el trabajo que viene realizando el Viceministerio de Interculturalidad. La fusión por absorción del INDEPA con el Ministerio de Cultura, junto con otros cambios, ha puesto en tela de juicio su autonomía, la participación indígena en dicha institucionalidad, así como su carácter transectorial. Cabe mencionar que la Ley del Derecho a la Consulta Previa (Ley N°29785) no otorga ninguna competencia específica al INDEPA.

²¹⁷ Información extraída del Informe N° 105-2012-INDEPA/OT INST del 27 de septiembre de 2012 remitido al Viceministerio de Interculturalidad.

El Reglamento de la Ley (D.S. N° 001-2012-MC) identifica al Viceministerio de Interculturalidad como el ente encargado de concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Precisamente, uno de los procesos que ha tenido las mayores críticas es el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta²¹⁸. Desde sus inicios tuvo serias deficiencias, tal como lo señalaron organizaciones de la sociedad civil²¹⁹. En la Comisión Multisectorial creada para la elaboración del reglamento no se garantizó la adecuada representatividad de las organizaciones indígenas, pues no se integró a las regionales. En los 7 Talleres Macro Regionales de Evaluación Interna, la publicidad del proyecto de ley recayó sobre las organizaciones indígenas y los líderes no contaron con las condiciones logísticas, metodológicas y de autonomía necesarias para conocer el marco legal de la consulta y la propuesta de reglamento que había elaborado el Viceministerio.

Durante el Encuentro Nacional o el proceso de diálogo intercultural, las organizaciones indígenas participantes concluyeron que algunos artículos de la Ley eran inconstitucionales, por lo que exigían su modificatoria dentro de un plazo razonable y señalaron que había un interés de las autoridades por acelerar esta etapa. Sin embargo, se continuó con el proceso y ante la falta de garantías para que las propuestas de las organizaciones indígenas sean incluidas en el futuro reglamento, 4 organizaciones (AIDSESP, CONACAMI, CNA y ONAMIAP)²²⁰ se retiraron, quedando sólo dos: Confederación Campesina del Perú - CCP y Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - CONAP. Ante ello, el Estado hizo poco para poder incorporar nuevamente a las organizaciones indígenas.

Aun estando CCP y CONAP dentro de la última fase del proceso de reglamentación, estas denunciaron que sus acuerdos no fueron incorporados dentro del reglamento, manifestándolo públicamente²²¹. Sus propuestas fueron modificadas

²¹⁸ Mediante Resolución Suprema N° 337-2011-PCM, la Presidencia del Consejo de Ministros creó la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal, con el objeto de emitir un informe a través del cual se proponga el proyecto de Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa. En ella se detalla que estará integrada por 15 representantes por parte del Estado y 6 organizaciones indígenas de alcance nacional.

²¹⁹ Las irregularidades y la vulneración de derechos se encuentran analizados en el documento realizado por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Análisis Crítico de la Consulta en el Perú. Informes sobre el Proceso de Reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Lima, CNDH, 2012.

²²⁰ Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana- AIDSESP, Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería-CONACAMI, Confederación Nacional Agraria-CNA, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP.

²²¹ Nota de Prensa de la Confederación Campesina del Perú, en: <http://lamula.pe/2012/03/02/nota-de-prensa-de-la-confederacion-campesina-del-peru-ccp-2/cepesrural>. CONAP expresa su disconformidad con el Reglamento de la Ley de Consulta, en: <http://servindi.org/actualidad/62673> y <http://www.caaap.org.pe/home/noticias/469-conap-expresa-su-disconformidad-con-el-reglamento-de-la-ley-de-consulta.html>. El Reglamento de la Ley de Consulta no está consensuado:

en la última redacción del documento, a pesar que fueron claramente consensuados durante el proceso previo. Según el Convenio 169 y la propia Ley de Consulta, los acuerdos arribados deben de respetarse en la redacción final de los artículos de la norma a aprobarse, violándose claramente esto en los hechos.

Diversas organizaciones de la sociedad civil han señalado que el Reglamento de la Ley de consulta no es un documento elaborado con la participación efectiva de organizaciones indígenas representativas de los pueblos de carácter nacional y regional. El Reglamento y el proceso de reglamentación, no cuentan con la legitimidad de las organizaciones indígenas estuvieron hasta el final, al igual que las que se retiraron, quienes han señalado las falencias.

El último proceso criticado es la formación del Grupo de Trabajo sobre Institucionalidad Pública en materia de Pueblos Indígenas, creado al interior del Viceministerio de Interculturalidad (R.M. N° 361-2012-MC). Este espacio no fue consultado con los pueblos indígenas a nivel nacional ni regional, no tiene carácter vinculante, los pueblos no tienen poder de decisión, no hay presencia multisectorial para definir prioridades transversales para ellos y no tiene un rango político ni administrativo que posibilite la toma de decisiones entre los pueblos indígenas con el Poder Ejecutivo. Tampoco hay avances para modificar nuestra legislación nacional con el fin de instaurar una institución con las características que los pueblos demandan ni ha dado como resultado políticas concretas para los pueblos.

Por otro lado, todos los sectores del Poder Ejecutivo, por medio de una oficina, dirección, programa o en la ejecución de sus políticas, abordan de manera general las necesidades de desarrollo de los pueblos indígena. Asimismo, se han empezado a crear nuevos espacios de diversa jerarquía ajustados al contexto actual. Sin bien tienen dentro de sus estructuras al menos un órgano de atención a la temática indígena, la mayoría de ellos no son especializados en el tema.

Algunos de estos espacios son: la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial o la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad dentro de la PCM, el Consejo Nacional de Derechos Humanos dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Dirección General de Desplazados y Cultura de Paz del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Dirección General de Educación Intercultural Bilingüe y Rural dentro del Ministerio de Educación o los

programas en agua y saneamiento en pueblos indígenas del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento como son el Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural y el Programa de Agua y Saneamiento en Amazonía Rural.

A nivel regional también se han generado espacios para incorporar la participación indígena. A pesar de que el Viceministerio de Interculturalidad no ha construido políticas sectoriales con la finalidad que su implementación se coordine con los gobiernos regionales y locales, ello no ha sido impedimento para que los gobiernos regionales dentro del marco de sus competencias implementen una estructura orgánica que corresponda a los mandatos del Convenio 169 de la OIT.²²²

Cuadro 24 de Institucionalidad Indígena en el Perú

Gobierno Regional	Gerencia Regional	Área vinculada a la realidad indígena	Pueblo Indígena del funcionario encargado	Cuadro de Asignación de Personal (CAP)	Personal a la fecha
Amazonas	Desarrollo Económico	Subgerencia de Comunidades Campesinas y Nativas	Awajún	4	2
Ancash	Desarrollo Económico	Subgerencia de Comunidades Campesinas y Asuntos Rurales	Quechua	0	1
Cusco	Desarrollo Social	Subgerencia de Comunidades Andinas y Amazónicas	Quechua	3	10
Huancavelica	Desarrollo Social	Subgerencia de Comunidades Campesinas y Participación Ciudadana	-	6	6
Loreto	Desarrollo Social	Subgerencia de Nacionalidades Indígenas	No pertenece a ninguno	4	15
Madre de Dios	Desarrollo Social	Subgerencia de Participación Ciudadana y Comunidades Nativas	Amarakaeri	7	6
Pasco	Desarrollo Social	Subgerencia de Asuntos Andinos y Amazónicos	Quechua	5	2
San Martín	Desarrollo Social	Oficina Regional de Desarrollo de los Pueblos indígenas de San Martín (ORDEPISAM)	Kechwa	3	3
Ucayali	Desarrollo Social	Instituto Nacional de Desarrollo de las Comunidades Nativas (IRDECON)	Shipibo	6	-

Fuente: Elaboración propia en base al Informe N° 115-20012-INDEPA/OT INST.

Siguiendo con ello, son 9 gobiernos regionales de las 25 regiones del país que cuentan con una instancia regional en materia indígena, pero con diferente naturaleza jurídica. Estos presentan problemas presupuestales y de recursos

humanos, que han sido suplidas gestionando recursos con actores privado. Eso se explica en el caso del Gobierno Regional de San Martín que cuenta con un convenio interinstitucional con la ONG Amazónicas por la Amazonía (AMPA) para cubrir su personal de ORDEPISAM. Este caso es interesante, porque dicho espacio está conformado por un representante de cada etnia indígena de San Martín. La elección se inicia cuando el Gobierno Regional comunica a las federaciones indígenas para que inicien su proceso de postulación conforme a sus costumbres, que acaba la entrega del candidato al gobierno regional²²³.

Las fuentes de financiamiento tienen implicancia directa en la formulación u ejecución de políticas públicas en materia indígena, por ello es importante que estos espacios tengan presupuestos suficientes para poder implementarlas. Estas instancias tampoco tienen mecanismos de control y monitoreo por parte de los ciudadanos. Existe descoordinación entre las gerencias regionales para abordar esta problemática, la designación de dirigentes indígenas en muchos casos han servido para clamar las protestas sociales y la falta de recursos no ha permitido que puedan ser modelos de éxito.

El marco normativo nacional de reconocimiento a la participación efectiva de los pueblos indígenas es muy limitado. El Poder Ejecutivo está conformado por: Presidencia de la República, Consejo de Ministros, Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerios y Entidades Públicas del Poder Ejecutivo. A nivel de este poder, la *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo* (LOPE) es una ley que ha restringido la incorporación de las minorías culturales dentro este poder. Es decir, no hay una institución que pueda ser creada con las características necesarias planteadas por los diversos organismos internacionales, sobre el reconocimiento del derecho a la autonomía, autodeterminación y consulta.

La institucionalidad más cercana es la creación del Ministerio de Cultura y del Viceministerio de Interculturalidad. Los Ministerios son creados, fusionados o disueltos únicamente a propuesta del Poder Ejecutivo, que formula el proyecto de ley correspondiente. La LOPE no establece otro tipo de procedimiento. Por otro lado, su redimensionamiento y reorganización requieren un decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros (artículo 22.5).

²²² Información extraída del Informe N° 115-20012-INDEPA/OT INST de la Unidad Ejecutora N° 4: INDEPA.

²²³ *Ibíd.*

Sin embargo, la fusión con absorción del INDEPA con el Ministerio de Cultura ocasionó los siguientes vicios:

1. Las competencias del Ministerio de Cultura se refieren a la promoción, inclusión y protección del patrimonio cultural que aportan los pueblos indígenas. No establece en su competencia defender los derechos de los pueblos indígenas, como establecía la definición de INDEPA en la Ley que lo crea. Las políticas y programas relacionados a los pueblos indígenas están supeditados a las áreas programáticas de acción del Ministerio de Cultura: (i) Patrimonio cultural de la nación, material e inmaterial; (ii) creación cultural contemporánea y artes vivas; (iii) gestión cultural e industrias culturales; (iv) pluralidad étnica y cultural de la Nación.
2. La institucionalidad indígena no goza de autonomía, pues no se incorpore dentro de su estructura el derecho a la participación indígena.
3. Tampoco hay un carácter transectorial, pues no vincula a todos los sectores del Estado. No hay capacidades efectivas para elaborar políticas públicas intersectoriales, articular y coordinar la política estatal en torno a los pueblos indígenas.

Asimismo, hay una contradicción entre el artículo 26 de la LOPE²²⁴ y las funciones del Viceministerio de Interculturalidad. Pues, su Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos (conforme al ROF del Ministerio de Cultura) tiene entre una de sus funciones n) “garantizar el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales de protección de los derechos de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos”. De manera que, el Viceministerio no cumplía con lo que dicta la LOPE, norma de rango superior.

²²⁴ Artículo 26°.- Viceministros

El Viceministro es la autoridad inmediata al Ministro. Los Ministerios pueden tener más de un Viceministerio conforme a su Ley de Organización y Funciones.

Los Viceministros, por encargo de los Ministros:

1. Formulan, coordinan, ejecutan y supervisan la política de desarrollo sectorial bajo su competencia, de conformidad con la respectiva política nacional.

2. Coordinan, orientan y supervisan las actividades que cumplen los órganos del Ministerio y demás entidades de su sector, conforme a su Reglamento de Organización y Funciones.

3. Expiden Resoluciones Viceministeriales en el ámbito de su competencia.

El Ministro puede encargar a un Viceministro para que, con retención de su cargo, desempeñe el de otro Viceministro por ausencia del titular. En su defecto, corresponde al Ministro designar al funcionario que lo remplazará en caso de ausencia.

Para la coordinación de temas multisectoriales, los Viceministros, convocados y bajo la dirección del Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros, forman la Comisión de Coordinación Viceministerial (CCV).

La siguiente institucionalidad cercana es la conformación del Grupo de Trabajo de Institucionalidad Indígena creado dentro del Viceministerio de Interculturalidad. Los Grupos de Trabajo no están reglamentados ni se esclarecen sus funciones en la LOPE. Sólo el artículo 35 dice lo siguiente:

“Las Comisiones del Poder Ejecutivo son órganos que se crean para cumplir con las funciones de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que deben servir de base para las decisiones de otras entidades. Sus conclusiones carecen de efectos jurídicos frente a terceros. No tienen personería jurídica ni administración propia y están integradas a una entidad pública. Para otras funciones que no sean las indicadas en el párrafo precedente, el Poder Ejecutivo puede encargarlas a grupos de trabajo”.

Por otro lado, la LOPE establece que los organismos públicos son entidades desconcentradas adscritas a un ministerio que tienen competencias de carácter nacional (artículo 28). Por consiguiente, están vinculados al ejercicio de una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo o la función que le corresponde dentro de una competencia compartida. Para que se creen debe cumplirse con los siguientes requisitos: a) Los establecidos en la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado y b) La aprobación del plan inicial de actuación del organismo por el Ministerio de su Sector (artículo 29). Además, son creados y disueltos por ley a iniciativa del Poder Ejecutivo y como en el caso de los ministerios, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerdan por decreto supremo con voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

La misma Ley hace una diferencia entre los Organismos Públicos, los Ejecutores (artículo 30) y los Organismos Públicos Especializados, dentro de ellos existen dos tipos, los Organismos Reguladores (artículo 32) y Organismos Técnicos Especializados (OTE) (artículo 33). Estos últimos, se crean por excepción, cuando existe la necesidad de: a) planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional y b) establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.

La LOPE también especifica que los Reglamentos de Organización y Funciones de los OTE se aprueban por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros (artículo 28). Además, están dirigidos por un Consejo

Directivo, se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos, estrategias y su política de gasto (aprobada por su Sector), en el marco de la política general de Gobierno (artículo 33).

3.2.2.4. REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNAL

El derecho colectivo a la tierra indígena ha sido reconocido como un bien a proteger²²⁵, y también el derecho constitucional peruano. Se ha mencionado que la Constitución de 1993 recoge la tradición legal peruana de tratar a los pueblos indígenas como “comunidades campesinas y nativas”, producto de la división del concepto de comunidades de indígenas o de indios concebido en la Reforma Agraria. Además, este régimen legal debilita la extensión práctica de los derechos reconocidos para este tipo de organizaciones indígenas. A esta situación se suma el interés estatal por promover las inversiones en áreas abandonadas donde no se daban las condiciones mínimas de desarrollo social como eran la zona andina y amazónica del Perú. Todo ello hizo que en los años siguientes a la Constitución de 1993, se promulgaran toda una serie de normas como la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonia (Ley N° 27037 de 1998) y la Ley que Dispone la Aplicación del Impuesto a la Renta para las Empresas ubicadas en Selva y Frontera (Ley N° 27158 de 1999) que facilitaron la transferencia de propiedad o compra venta de tierras indígenas para agilizar la economía local y “mejorar” el desarrollo de estas poblaciones.

La Constitución de 1993 fue desarrollada posteriormente por diversas normas legales que permitieron acentuar su modelo de economía de mercado. Respecto de las tierras de comunidades, se promulgó la “Ley de Tierras” o “Ley de Inversión Privada en el territorio de las comunidades campesinas y nativas” (Ley N° 26505 de 1995), norma que facilitó la compra por terceros de tierras a las comunidades. A la par de esta norma, se creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural PETT, el cual llevó a cabo el proceso de titulación de las tierras comunales y de las tierras privadas de los miembros de las comunidades campesinas y nativas, que a la postre, llevaron progresivamente a la reducción de las tierras comunales indígenas (Reglamento de la Ley N° 26505, referida a la Inversión Privada en el Desarrollo de Actividades Económicas en Tierras del Territorio Nacional y de las

Comunidades Campesinas y Nativas Decreto Supremo N° 011-97-AG) y que después de su modificatoria y descentralización de sus funciones, han tenido retrasos porque tanto la autoridad nacional de titulación (Ministerio de Agricultura y Riego MINAGRI), las autoridades regionales y las organizaciones indígenas no se han puesto de acuerdo para dicho proceso en financiamiento del proyecto de titulación de tierras de comunidades y predios individuales denominado PRT3, financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Un elemento importante y particularmente lesivo en cuanto al reconocimiento de la propiedad de las tierras, ha sido que se mantuvo la tradición legal de reconocer el derecho de propiedad sólo sobre las tierras donde estrictamente tienen sus viviendas las comunidades y de aptitud agrícola; mientras que las tierras de aprovechamiento forestal, pasaban a tener el título de “cesión en uso”, un derecho limitado por un procedimiento en la legislación forestal que impide a las comunidades disponer irrestrictamente de los recursos naturales forestales que existen en estas áreas. El Estado tiene en este supuesto el derecho de propiedad sobre estas tierras cediendo su uso a las comunidades, por lo tanto, éstas no tienen un derecho de propiedad sobre los recursos naturales de flora y fauna, sino tan sólo un derecho preferente sobre ellos, necesitando de autorizaciones administrativas para acceder a sus propios recursos. Esta distinción ha traído una serie de problemas prácticos, por cuanto aún no se ha regulado cuál es la institución estatal que desarrollará programas que faciliten el aprovechamiento forestal en áreas donde las comunidades tienen este derecho de “cesión en uso”. Asimismo, las organizaciones indígenas reclaman un derecho de propiedad sobre estas tierras, pese a que son bosques y estos pertenecen, como recursos naturales, al patrimonio de la nación.

Por otro lado, el Estado ha impulsado un sistema de concesiones forestales en la amazonia (Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 27308, Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Supremo N° 014-2001-AG), sin haber terminado de titular las tierras de las comunidades nativas y sin satisfacer las solicitudes de muchas comunidades para ampliar sus tierras desde el año 2000, lo que implica una reducción y limitación de derechos, que se vincula sobre todo a la forma de acceder a recursos naturales forestales y de fauna. En ese sentido, el desatender solicitudes de ampliación de tierras de las comunidades y otorgar

²²⁵ SALMÓN, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, t. 3; Lima, IdehPUCP, 2010, p. 41.

derechos forestales a terceros es una forma de afectar seriamente los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos, ya que la caza y la pesca, y ahora el comercio de madera, son fuentes de sostenibilidad de muchas comunidades.

En general, y respecto del derecho a la tierra de las comunidades campesinas, el desarrollo legal post constitucional está llevando al desmembramiento de la tierra comunal, su disponibilidad a favor de terceros y restricciones formales para ejercer derechos de acceso a recursos naturales.

El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas también está reconocido por el artículo 13, inciso 1 del Convenio 169, lo cual obliga a los estados a respetar, en particular, los aspectos colectivos de la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras. Las visiones constitucionales e internacionales sobre la importancia de la propiedad comunal coinciden con las disposiciones de la Ley General de Comunidades Campesinas. El artículo 2 indica que los vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales de las comunidades campesinas están expresados, entre otros, en la propiedad comunal de la tierra. Esta propiedad territorial indígena no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos: los territorios les pertenecen por su uso u ocupación ancestral²²⁶.

No obstante, el Estado ha actuado de manera contraria a los derechos indígenas, privilegiando las inversiones extractivas, a través de una serie de disposiciones conocidos como “paquetazos ambientales”, medidas para la reactivación económica. Todas estas medidas legales tienen como común denominador la flexibilización de los estándares ambientales con afectación directa en los derechos de los pueblos indígenas, patrimonio cultural e institucionalidad ambiental:

1. El primer paquetazo ambiental comprende a los Decretos Supremos 054-2013-PCM, 060-2013-PCM y la Ley 30025. El primero de ellos flexibiliza los procedimientos administrativos sobre protección del patrimonio cultural arqueológico y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. Por su parte, mediante el DS. 060-2013-PCM se aprueban disposiciones especiales destinadas

²²⁶ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(c).

a la ejecución de procedimientos administrativos a fin de impulsar proyectos de inversión pública y privada, sin embargo, mediante este dispositivo se reducen los estándares de los instrumentos de gestión ambiental, por ejemplo, elimina el proceso de clasificación del proyecto por la significancia del impacto (EIA detallado, EIA semidetallado y Declaración de Impacto Ambiental) y ahora permite que se elaboren Términos de Referencia para proyectos con características comunes por los sectores.

Se reduce el procedimiento de revisión y emisión de opiniones técnicas vinculantes sobre los EIA de 120 a 73 días calendario en el sector de energía y minas, entre otras cosas. Por último, mediante la Ley N.º 30 025, se faculta al inversionista privado para que gestione la adquisición (por trato directo) de los inmuebles requeridos para la ejecución de obras de infraestructura y, de fracasar en estas gestiones, iniciar un procedimiento de expropiación. Dispone que los predios y edificaciones de propiedad estatal, requeridos para la ejecución de obras de las infraestructura señaladas en esta Ley, serán transferidos a título gratuito y automáticamente al sector o al gobierno regional/local al cual pertenece el proyecto, por el solo mérito de la resolución que emita la Superintendencia Nacional de Bienes Nacionales (SBN), en un máximo de 45 días. La SBN tiene un plazo de 30 días, desde la vigencia de la resolución para desalojar y entregar la posesión de los citados bienes.

2. El segundo paquetazo ambiental comprende a la Ley 30230, cuya constitucionalidad se encuentra bajo discusión en el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 0003-2015-AI/TC). Ciertamente, son varios los aspectos cuestionados en este dispositivo normativo, resaltando el Título III, sobre las Medidas Administrativas para promocionar la inversión, señala la existencia de “procedimientos especiales” de entrega de tierras destinados a proyectos de inversión, ignorando los derechos de propiedad que asisten a sus propietarios legítimos. Igual de problemático resulta el artículo 19 de esta ley, en tanto que paraliza la capacidad sancionadora del OEFA por 3 años (hasta el 11 de julio del 2017), y plantea un procedimiento sancionador excepcional solo activado en caso de que la infracción persista y no se adopten medidas de remediación o correctivas, supuesto en el cual OEFA solo podrá imponer el 50% de la multa de la infracción, y solo en el caso que conlleve afectación a la salud pública se aplicara el 100% del valor de la misma.

3. El tercer paquetazo ambiental da cobijo al Decreto Supremo N.º 001-2015-EM. Mediante este dispositivo se debilita a las Asambleas Comunales (máximo órgano representativo de las comunidades campesinas) pues se otorga competencia a las Juntas Directivas Comunales para disponer de las tierras comunales, por tanto, en términos prácticos, las decisiones de incidencia en el territorio comunal serán adoptadas exclusivamente por los directivos antes que por la Asamblea, que es el órgano supremo de la comunidad y se encuentra conformada por todos los miembros calificados de la misma.
4. El cuarto paquetazo ambiental alberga a la Ley 30327, flexibiliza los procedimientos ambientales y facilita el acceso a tierras rurales para los proyectos de inversión mediante servidumbres, derechos de vía y expropiaciones. Un aspecto muy criticado de esta ley se centra en el plazo que tendría SENACE para la revisión del Estudio de Impacto Ambiental y la expedición del Certificación Ambiental Global. Así, conforme esta ley, SENACE cuenta con ciento cincuenta (150) días hábiles contados a partir de la presentación del estudio ambiental para llevar a cabo tan compleja labor. Si bien este dispositivo prevé treinta (30) días adicionales otorgados de manera excepcional, no deja de llamar la atención la poca garantía que todo esto ofrece, pues mitiga la participación ciudadana, se expone a riesgos potenciales los derechos a un ambiente sano y equilibrado y demás derechos conexos, y además no se indica de qué forma todo el andamiaje citado podrá articularse cuando la medida administrativa impacte directamente en pueblos indígenas.
5. El quinto paquetazo ambiental (Decreto Legislativo N.º 1192 y Decreto Legislativo N.º 1210) se busca normalizar los procedimientos de expropiación, restando su carácter excepcional a fin de incrementar las expropiaciones a partir de la declaratoria de necesidad pública.

La Décima Disposición Complementaria Final del D.L. N.º 1192 estipule que “Las Disposiciones contenidas en el Título IV no pueden ser aplicables en tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios, ni afectar derechos de propiedad o de posesión de las comunidades campesinas y nativas”; sin embargo, mediante el artículo único del D.L. N.º 1210 se modifica la Décima Disposición citada para ahora contemplar que “Las Disposiciones contenidas en el Título IV no pueden ser aplicables en tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios, ni en áreas de Reserva Territorial o Reserva Indígena de Poblaciones

Indígenas en Aislamiento Voluntario y/o Contacto Inicial”, omitiendo la consideración hacia los derechos de propiedad y posesión de las comunidades campesinas. Todo lo anterior resulta problemático en la medida que, de acuerdo con la lógica de ambos dispositivos normativos, el Título IV (sobre el régimen de expropiaciones) le sería aplicable a las comunidades campesinas, y con ello podría expropiarse sus territorios con la sola condición de declarar que se trata de un asunto de necesidad pública o interés nacional.

Durante la actual gestión del actual Presidente, Pedro Pablo Kuczynski, se han emitido un total de 112 Decretos Legislativos en un plazo total de noventa (90) días, conforme la delegación de facultades legislativas contenida en la Ley N.º 30 506. Esta facultad de legislar se ha enfocado en los siguientes aspectos: reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú. De dicho paquete normativo, se ha puesto especial énfasis en el Decreto Legislativo 1333 que crea el Proyecto Especial de Acceso a Predios para proyectos de Inversión Priorizados (APIP), que es un órgano *ad hoc* para el saneamiento de territorios destinados a proyectos de inversión priorizados, a costa de la afectación de los derechos adquiridos de propiedad, posesión, ocupación, tenencia de las comunidades campesinas y nativas. Cabe precisar que este decreto fue derogado el miércoles 25 de mayo del presente año por el Congreso de la República.

Un elemento importante a tomar en cuenta sobre la propiedad comunal, es su relación con el concepto de territorios indígenas. A nivel constitucional y legal, el derecho nacional no ha reconocido el derecho al territorio indígena, pese que algunos han señalado que ha sido incluido²²⁷.

El territorio indígena va más allá que el derecho de propiedad comunal, existe no sólo una relación espiritual, la ocupación histórica o ancestral, administración de recursos naturales, cuyo reconocimiento se encuentra en el Convenio 169 de la OIT:

“Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el

²²⁷ ORTEGA, Milagros, *El Derecho de Propiedad Comunal Indígena en la Amazonia y su Regulación en la Legislación Peruana*, Tesis de Maestría en Derecho Civil PUCP, Lima, 2014, p. 17.

concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Artículo 15

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

Los problemas actuales del territorio indígenas, además de no ser reconocimiento jurídicamente en el derecho nacional:

1. Pérdida de la Identidad entre territorio de un pueblo que va más allá de la propiedad comunal de una comunidad;
2. Mercado está mucho más presente en estos territorios;
3. Normas que restringen el uso de estos espacios “libres”, ya “adjudicados”, “abandonados”, cuando estos mantienen en una relación de posesión;
4. Presencia de otros actores: Colonos, actores económicos que tienen mayor presencia en los territorios.

Las organizaciones indígenas han reclamado durante mucho tiempo estos espacios. Algunos de ellos no solo implicaban la amplitud de tierras comunales, Reservas Comunales y reconocimiento de reservas territoriales o indígenas, entre otras demandas en la Amazonía:

1. 1300 comunidades reconocidas: más de 100 por reconocer, 600 por titular sus tierras y 200 por ampliar las mimas;
2. 10 Reservas Comunales y 5 Reservas Territoriales, más de 8 millones hectáreas en protección;
3. Territorios indígenas de Pueblos amazónicos como Achuar, Kandozi, Chapra, Kukama y otros, hay propuesta de territorio indígena del Datem del Marañón;

Los contenidos mínimos del Territorio Indígena son los siguientes:

1. Poder o Ejercicio de Facultades Políticas o de Carácter Público, identificación con un área o espacio común y determinable, donde ejercen otros derechos, como el de administración de justicia o disposición de derechos al interior de dichos territorios;
2. Control sobre Recursos Naturales en dicha área, tanto de recursos renovables y no renovables, con lo que llevaría un nivel de coordinación para estos últimos con las autoridades sectoriales que otorgan dichos derechos;
3. Reconocimiento y desarrollo de la Memoria Colectiva o relación con la Identidad Indígena y el territorio, lo que permite una continuidad de la cultura, sus instituciones representativas, su relación espiritual, pero también con la relación naturaleza-comunidad;
4. No hay la voluntad política de estos pueblos de separarse del territorio nacional, sino distinguir el control político del espacio indígena.

A nivel regional y comparativo, se han producido varias opciones de plasmar el territorio indígena como una figura que permita desarrollar también los otros derechos indígenas, tanto por la demanda indígena en dichas zonas, como por lo que es reconocido por la Constitución:

1. El Control directo del territorio mediante una nueva legalidad, el “Territorio Indígena”, que en países como Bolivia se conoce como Territorios Comunitarios de Origen y en Ecuador Territorios de Nacionalidades;
2. Los Caminos Estatales y locales a través de la “Municipalización de las Comunidades”, cuya experiencia en Centroamérica son los más conocidos, como en México, donde se han reconocido a las comunidades o conjunto de ellas, distritos políticos a dichas comunidades. En Perú, lo más cercano sería la experiencia del Bajo Urubamba, la nueva municipalidad distrital de Echarate;
3. Existen modos de reconocimiento territorial alrededor de comunidades nativas, mediante la creación de áreas protegidas como reservas comunales, constituidas entre todos los beneficiarios alrededor de la reserva comunal, que eligen un administrador de dicha área.

El Perú no ha hecho un reconocimiento de este derecho a nivel constitucional y legal, sin embargo, el reconocimiento del uso del recurso natural más allá del

derecho de propiedad de la tierra fue lo más cercano al reconocimiento del territorio indígena. La norma “Reconocen Derechos de Posesión, Uso y Usufructo, ancestrales y tradicionales de pueblos originarios vinculados al aprovechamiento sostenible de la Totorá, los Ilachos y recursos naturales en los Sectores Puno, Ramis y Lago Titicaca” Mediante Decreto Supremo N° 009-2006-AG (24 de febrero de 2006), en la cual se reconocen el aprovechamiento del recurso natural, que va más allá de las tierras de los pueblos indígenas:

“Art. 3°.- Reconocer y respetar los derechos de posesión, uso y usufructo, ancestrales y tradicionales de los pueblos originarios vinculados al aprovechamiento sostenible de la totora (...), los Ilachos (...) y recursos naturales en el Lago Titicaca implicadas en las orillas desde Titali hasta Desaguadero, afluentes, lagos, lagunas aledañas y temporales dentro de la Región de Puno por representar las poblaciones como recursos de necesidad prioritaria para subsistencia.

(...)

Art. 6°.- El Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), implementarán las titulaciones de los territorios ocupados por los propietarios conforme a las leyes de la materia y el Convenio N° 169 de la OIT (Arts. 14° y 15°) dando las cuentas al Ministerio de la Agricultura y al INDEPA”.

3.2.2.5. REGULACIÓN DEL USO DE LOS RECURSOS NATURALES EN COMUNIDADES

En cuanto al desarrollo post constitucional del acceso a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, la legislación nacional trata este aspecto de manera desarticulada y fragmentada a través de diversas normas. Así la legislación sobre áreas naturales protegidas (Ley N° 26834 de 1997 y su reglamento de desarrollo) reguló el tipo de aprovechamiento forestal y de fauna que realizan estos pueblos, estableciendo ciertos requisitos formales como el trámite de permisos y acuerdos entre el jefe del área natural protegida y las comunidades; en tanto que la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley N° 27308 de 2000) señala los procedimientos y requisitos formales para acceder a los recursos fuera de estas áreas o alrededor de éstas.

En el caso del aprovechamiento de recursos hidrobiológicos en los ríos que se encuentra en áreas naturales protegidas, las comunidades nativas deben cumplir con lo señalado en los procedimientos de cada área natural protegida, así como los del sector pesquería que señala minuciosamente, por ejemplo, el diseño de redes para pesca; con lo que, como podemos ver, en el aprovechamiento de un mismo recurso natural no sólo pueden intervenir diversas instituciones estatales (Ministerio de Agricultura y Ministerio de la Producción), sino aplicarse también diversas

normativas que regulan el aprovechamiento de un mismo recurso natural (legislación de áreas naturales protegidas y de pesca).

El tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas y su vinculación con la actividad de hidrocarburos no es una excepción, y como resultado de ello, los derechos inherentes a estos pueblos tales como la consulta previa, el acceso a los recursos naturales e indemnización por los posibles daños causados por la actividad, han sido inadecuada y desfavorablemente desarrollados por la legislación peruana.

Es así que de 1997 a 2005 se han aprobado diversas normas que, si bien dan un mejor ordenamiento a la gestión ambiental del Estado, por otro lado, limitan aún más los derechos de las comunidades campesinas y nativas, con el objetivo claro de facilitar la disponibilidad de esos derechos en favor del Estado, como base de su estrategia política para la promoción de las inversiones. Estas normas son:

1. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, de 1997;
2. Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Ley N° 26839, de 1997;
3. Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, de 2005;
4. Ley para la protección a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en contacto inicial de la amazonia peruana, Ley N° 28736, la cual entró en vigencia el 19 de mayo de 2006.

La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, es una norma marco y de desarrollo constitucional que regula todas las actividades de aprovechamiento de los recursos naturales. En su artículo 17 reconoce a los miembros de las comunidades campesinas y nativas el derecho a beneficiarse, “gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras”, pero siempre manteniendo limitaciones a estos derechos. Es decir, si bien las comunidades no deben pagar una retribución por el beneficio que obtienen del aprovechamiento del recurso natural, esta ley señala que este derecho de las comunidades no es excluyente de otros derechos, y lo que es más, no prevalece sobre otros derechos reconocidos por el Estado. El tenor del art. 17 es el siguiente:

“Artículo 17°.- Recursos de libre acceso

Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales”.

En ese sentido, esta ley que desarrolla los principios constitucionales del artículo 66° de la Constitución de 1993, no asegura un uso preferente de los recursos naturales por parte de las comunidades campesinas y nativas ya que señala claramente que los derechos de terceros extraños a las comunidades, o las decisiones del propio Estado, prevalecen sobre los derechos de las comunidades, al mencionar textualmente que se reconoce sus derechos a los recursos naturales, siempre que no existan otros “derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado”

Peor aún, el art. 17° especifica que el derecho al uso de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas no puede oponerse a otro derecho otorgado por el Estado o con el acto administrativo que faculta al Estado para “apropiarse” - reservarse el derecho de disponer de las tierras y recursos naturales-. Esto quiere decir que dentro o fuera de las tierras de las comunidades nativas o campesinas, el Estado puede disponer de éstas y de los recursos del subsuelo, sin tomar en cuenta los derechos ancestrales que puedan tener estas comunidades, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia el “interés nacional” o la decisión política estatal.

Esta misma ley señala que los componentes de la naturaleza, y entre ellos evidentemente los hidrocarburos, pueden aprovecharse económicamente, con valor de mercado. Así, en el momento en que el Estado otorga dichos recursos a la empresa mediante un contrato celebrado entre éste y la empresa, estos recursos pasan a ser “del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos”, es decir, de la empresa beneficiaria (art. 4°, Ley N° 26821), con lo que en la práctica se ha vulnerado los derechos de los pueblos indígenas al no permitírseles participar/decidir sobre la disposición de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus tierras-territorios. Esta práctica ejemplifica abiertamente cómo en el caso de la colusión de intereses entre las industrias extractivas y el Estado, de una parte, y los

pueblos indígenas, de otra, el derecho otorgado a estas empresas prevalece sobre el derecho de los pueblos indígenas.

Otra limitante establecida en el artículo 17, es que se considere los derechos de uso de los recursos naturales exclusivamente para fines de subsistencia o identidad cultural, sin posibilidad de realizar actividades comerciales de manera sostenible, y sin que se establezca tampoco una obligación estatal para capacitar a estas comunidades en el manejo sostenible de estos recursos. En un proceso social como es el aumento de actividades económicas/extractivas en la amazonia peruana, reducir el acceso al uso de los recursos naturales para actividades culturales-religiosas o de subsistencia implica permitir sólo el aprovechamiento para un autoconsumo directo de especies de flora y fauna o su utilización en actos rituales, es una medida que reduce el reconocimiento de sus derechos, y que podría atentar contra sus derechos económicos, sociales y culturales por cuanto para mejorar su nivel de vida, estos pueblos necesitan ingresos o formas de ahorro que sólo pueden conseguir a través del comercio de productos y las ganancias que a través de ello pudieran conseguir; además de inversión en educación y alimentación.

Este marco normativo se completa con la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, dispositivo legal que en su artículo 23 reconoce el derecho a la consulta, y posterior consentimiento informado, en el proceso de otorgamiento de un derecho sobre el conocimiento, innovaciones y prácticas relacionadas con la conservación y uso de recursos naturales en tierras de comunidades, con la finalidad de establecer acuerdos de protección de su identidad cultural y medidas compensatorias por el uso amplio del recurso natural:

“Art. 23.- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización de la diversidad biológica.

Así mismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”.

Todas las normas sobre el aprovechamiento de los recursos naturales han respondido a esta lógica del “desarrollo económico”, de “economía social de mercado” y de “promoción de las inversiones”. Un claro ejemplo de ello es la ley que crea el régimen especial a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Amazonía peruana y que lastimosamente, en su proceso de

debate en el Congreso de la República (2005-2006) eliminó de su propuesta original el carácter de intangibilidad de las “reservas territoriales” o “reservas indígenas”, áreas donde habitan estos pueblos y en las que sería necesario prohibir el ingreso y el contacto con terceros por ser estos pueblos muy vulnerables en sus modos de vida, salud, etc. En este sentido, el artículo 5° al señalar que puede realizarse actividades de aprovechamiento de recursos naturales consideradas de interés nacional, legaliza la posibilidad de vulnerar los derechos y modos de vidas tradicionales de estos pueblos.

La legislación nacional contiene las principales restricciones y limitaciones para el ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto al acceso a los recursos naturales y consulta previa, libre e informada, y ello por no incorporar claramente los principios del Convenio N° 169 en esta legislación de alcance nacional.

En el caso de las normas de alcance regional y local, según el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales (aprobado por Decreto Supremo N° 036-2007-PCM) en el marco de la descentralización, para el año 2007 se previó la transferencia de competencias y funciones sectoriales a los gobiernos regionales en materia de energía, minas e hidrocarburos, y entre otras, la promoción del aprovechamiento de los recursos de hidrocarburos, aunque hasta la fecha no se ha concretizado.

Una restricción más a los derechos de los pueblos indígenas es el derecho de servidumbre que tienen los operadores de actividades extractivas de minería, gas y petróleo en tierras de comunidades. Según el artículo 7° de la Nueva Ley de Tierras (Ley N° 26505 de 1995 y su reforma Ley N° 26570 de 1995), la “utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere de acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre”. Es más, se señala literalmente que en el “caso de servidumbre minera o de hidrocarburo, la valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas”. En consecuencia, pese que aún no se ha ejercido esta potestad por las empresas, la servidumbre es un privilegio que actúa como una “Espada de Damocles” para las comunidades, puesto que si ellos se negarán a permitir las actividades de hidrocarburos en sus tierras, las empresas podrían iniciar un procedimiento frente al Estado de reconocimiento del derecho de servidumbre

sobre tierras de comunidades.

Finalmente y por lo que respecta a la consulta previa, debemos señalar que este derecho no tiene una reglamentación definida y única ya que la actual regulación de aprovechamiento de los recursos naturales se ha establecido de manera sectorial, de forma que cada sector del Estado podría, en teoría, diseñar su propia formulación de participación indígena (“consulta previa”), interpretando las normas anteriormente citadas y adecuándolas a los procedimientos de otorgamiento de derechos; sin embargo, como sucede con las actividades de hidrocarburos, los procedimientos para otorgar derechos tienen un carácter expeditivo y ágil con la finalidad de incentivar la promoción de las inversiones.

En ese sentido, como veremos más abajo, en la legislación de hidrocarburos no ha existido hasta la fecha ninguna regulación expresa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, habiendo regulado de forma muy general el derecho a la participación ciudadana en el inicio de actividades exploratorias y de producción de hidrocarburos, a través de audiencias y talleres para mantener informada a la población potencialmente afectada por la actividad hidrocarburífera.

4. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3 “LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE LA LEGISLACIÓN DE DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA POLÍTICA Y NORMATIVA DE EXTRACCIÓN DE RECURSOS NATURALES EN TIERRAS INDÍGENAS SE EXPRESAN EN LA RESTRICCIÓN DE LA REPRESENTATIVIDAD INDÍGENA, LA INAPLICACIÓN PARA PROYECTOS DE INVERSIONES PÚBLICAS Y EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL”.

4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber consignado la información antes expuesta sobre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas, así como la utilización del marco conceptual sobre derechos humanos y la legislación de inversiones, se acepta la siguiente Hipótesis Especifica 3:

“La Legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas es inaplicable a la luz de la política y normativa de extracción de recursos naturales en las tierras indígenas”.

Dicha hipótesis tiene la siguiente afirmación:

“El derecho de la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en la legislación peruana se encuentra restringida por la política extractiva del Perú”.

Esa conduce a su vez a la siguiente predicción:

“Solo si se eliminan estas restricciones legales para la aplicación del derecho a la consulta previa, será posible su efectividad en el sector energético, extractivo y de infraestructura en el Perú”.

Para llegar a esta predicción se consideran las siguientes variables:

1. Sujetos de derecho de la consulta previa.
2. Limitaciones Procedimentales de la Consulta Previa.
3. Momento de desarrollo de la consulta previa.
4. Consulta previa en los sectores extractivos.

4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Para la comprobación de la hipótesis específica 4, hemos tenido que identificar 4 variables, estableciendo indicadores de medición de carácter nominal, siendo excluyente los resultados, por lo que tanto la definición del sujeto a ser consultado, el marco procedimental y limitaciones de la consulta, el momento a desarrollarse durante actividades a extractivas y la consulta previa en los sectores de inversiones extractivas, son los indicadores analizados esta hipótesis.

4.2.1. SUJETOS DE DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

Se tratará sobre la forma en que se ha regulado el derecho a la consulta previa, libre e informada cuando el Estado permite actividades extractivas en tierras de estos pueblos, ya estén constituidos estos pueblos como comunidades campesinas o nativas.

4.2.1.1. CONTEXTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Es necesaria una reforma constitucional, legal e institucional, para mejorar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, sean comunidades campesinas y nativas, así como pueblos indígenas aislados. Un primer cambio normativo debería darse a nivel constitucional.

De alguna manera, se debe continuar con el proceso de reforma constitucional del 2001-2002, frustrado poco después por motivos políticos²²⁸. A través de este proceso, se debería discutir y armonizar la promoción de las industrias extractivas con el respeto de los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos naturales. En el caso de los recursos naturales no renovables del subsuelo, como el gas y el petróleo, y cuando éstos se encuentren en tierras indígenas, se debería aplicar la consulta previa, libre e informada como un derecho, que debería ser incluido también a nivel constitucional.

El Convenio N° 169 de la OIT es mucho más garantista que la Constitución de 1993 y la legislación nacional peruana sobre diferentes derechos, especialmente el derecho a la consulta. Este derecho no ha sido prácticamente regulado legislativamente en el Perú hasta el año 2011, por el contrario, después de la Constitución de 1993 se han sucedido una serie de normas restrictivas a los derechos de los pueblos indígenas que aportaron mayor dinamismo a la economía nacional desde la extracción de recursos naturales no renovables en la Amazonia y en los Andes, pero que no aseguraron, sin embargo, beneficios a la población local y a los pueblos indígenas.

Esta contradicción va a permitir, por ejemplo, que diversos actores públicos y privados tengan posiciones privilegiadas en el proceso de negociación con las comunidades a la hora de permitir actividades extractivas en sus tierras.

²²⁸ Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Lima, Congreso de la República, 2002.

Volviendo a la historia de la consulta previa, tenemos un primero periodo de incumplimiento sistemático del sector extractivo de la Consulta desde la entrada en vigencia del Convenio 169 (febrero de 1995) hasta la entrada en vigencia de la Ley de Consulta el 2011. No obstante, existen muchos casos en otros sectores donde se realizaron procesos de consulta, como son los casos de creación de áreas protegidas en el Parque Nacional Bahuaja Sonene Reserva Nacional Tambopata, Parque Nacional Cordillera del Condor, etc.

En ese periodo 1995 al 2011, no existía una normatividad que impulse y promueva el desarrollo de políticas públicas y la elaboración de normas especializadas que se ajusten con los principios y derechos reconocidos en el Convenio N° 169, modificando la legislación actual, sin tratar de cumplir con formalidades “vacías”, como sucedía con el derecho a la consulta, que según el Estado, se realiza convenientemente a través de “talleres informativos” o las audiencias públicas para la presentación de estudios de impacto ambiental.

Asimismo, durante ese periodo también se confundía la consulta previa, con el acuerdo previo y la participación ciudadana en materia ambiental. Era necesario legislar con mayor claridad la participación ciudadana con mayores controles en la actividad extractiva y, a nivel de la legislación de minera e hidrocarburos, con el establecimiento de mecanismos de monitoreo y seguimiento de estas actividades para proteger sus tierras y denunciar actividades irregulares en el área de estos pueblos.

Durante este periodo, el Estado peruano tenía un rol poco proactivo en la implementación de la consulta. En ese sentido, el Estado debía realizar la “consulta” a las comunidades antes de la suscripción de los contratos con las empresas o el otorgamiento de concesiones a las compañías mineras o concesiones definitivas a las compañías eléctricas. En ese marco, el Estado peruano debería crear y fortalecer una nueva institucionalidad para que tenga una mayor capacidad y responsabilidad a la hora de verificar si se llevan a cabo las consultas del modo como señala el Convenio N° 169 de la OIT, hecho que sucedió con la creación del Viceministerio de Interculturalidad en el segundo periodo. Asimismo, algunas organizaciones indígenas y de sociedad civil proponían en los primeros lustros del siglo XIX, que se debería permitir que esta nueva institucionalidad garantizase los derechos de estos pueblos, participando directamente en el proceso de otorgamiento de derechos (mineros, hidrocarburos, eléctricos) que afectan a los pueblos indígenas.

Así pues, esos primeros años de vigencia del Convenio 169 de la OIT se vivía bajo un marco legal poco proteccionista y nada garantista de los derechos de los pueblos indígenas, la posición de las empresas que realizan actividades extractivas se ve privilegiada en una relación desigual con estos pueblos y en muchos de esos casos, derivó en lo que la Defensoría del Pueblo comenzó a llamar “conflictos socioambientales”.

En el año 2009, el 05 de junio se produjo el lamentable conflicto de Bagua. La policía nacional fue ordenada de remover a protestantes indígenas y no indígenas en la región de Bagua (norte de Perú), puesto que ellos tomaron una carretera y el oleoducto Norperuano, cuyo saldo fue 33 personas muertas y 200 heridas. Los protestantes tomaron parte de una protesta nacional liderada por las organizaciones indígenas que demandaba la derogación de varios decretos legislativos, aprobados por el gobierno peruano, con la idea de implementar el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, especialmente porque existía la preocupación que las comunidades nativas, especialmente ellas, sean removidas de sus tierras comunales.

Algunas partes y normas de estos decretos legislativos regulaban la promoción de las inversiones en Perú (comerciales, corporativos), la idea era implementar este tratado internacional. Algunas de estos decretos legislativos regulaban el aprovechamiento de los recursos naturales (recursos hídricos, forestales, etc en la Amazonía peruana), vulnerando los derechos a la participación especialmente a la consulta previa de los pueblos indígenas, de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT. Además, estos decretos legislativos regulaban la propiedad comunal de las comunidades nativas, con la finalidad de facilitar su desaparición, a través de la venta de la tierra comunal y promoción de la propiedad privada en la amazonia peruana, asegurando así las inversiones. Y un efecto de esto es que los pueblos indígenas como culturas podrían desaparecer, porque hay una fuerte y especial relación entre estos pueblos y sus tierras, su espacio.

Después del conflicto de Bagua, el gobierno peruano creó un Grupo Nacional de dialogo entre las organizaciones indígenas amazónicas (AIDESEP, CONAP) y diversas instituciones públicas para tratar de encontrar un consenso a través de 04 mesas de trabajo al analizar: la constitucionalización del nuevo marco legislativo naciente de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y elaborar una política nacional a favor de los derechos de los pueblos indígenas, investigar lo sucedido en el conflicto de Bagua a través de la conformación de una

Comisión de la Verdad, y elaborar una propuesta legal que regule el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y una nueva ley forestal, que había dado origen a dicho conflicto.

El Grupo Nacional finalizó su trabajo en diciembre de 2009, y desafortunadamente las organizaciones indígenas no reconocieron la forma en que se presentaron los productos, especialmente el Informe de la Comisión de la Verdad sobre lo sucedido en Bagua. Asimismo, el gobierno peruano intentó utilizar la persecución judicial para desaparecer a la organización indígena y detener a sus líderes. Sin embargo, se lograron acuerdos mínimos entre el gobierno peruano (Poder Ejecutivo) y las organizaciones indígenas, especialmente en la Mesa de Consulta, acuerdo que tenía como posibilidad complementar, integrar y ratificar la propuesta de ley que presentó la Defensoría del Pueblo el 2010 en el Congreso. Lastimosamente, poco después, pese a que esta Ley de Consulta fue aprobada, fue observada poco después por el Poder Ejecutivo, lo que impidió su aprobación y vigencia durante el 2010 y parte de 2011.

Entonces, para concluir, la regulación de la consulta previa en el Perú se divide en dos periodos: desde 1995 al 2011 sin ninguna regulación específica, excepto un reglamento en el sector minero energético del 2009 que no entra en vigencia y desde el 2011, con la entrada en vigencia de la Ley de Consulta Previa hasta la actualidad.

4.2.1.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Es importante señalar que en la sociedad peruana, los pueblos indígenas han sido tratados, organizados y regulados como colectivos-comunales bajo las modalidades de comunidades campesinas y nativas, a los que se les ha reconocido personalidad jurídica. Un tratamiento legal diferente han tenido los llamados pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, esto es, pueblos que hasta ahora han decidido no tener contacto con el Estado y la sociedad y que son altamente vulnerables por no haber desarrollado defensas inmunológicas, que son reconocidos como pueblos –sujetos de derecho colectivo- y no como comunidades asentadas, a los que se les otorga además derechos de aprovechamiento de recursos naturales en extensas áreas denominadas “reservas territoriales”, áreas prohibidas para realizar

actividades culturales o establecer asentamientos poblacionales por terceros ajenos a los pueblos indígenas aislados.

Pese a su inserción en la sociedad nacional, los pueblos indígenas, llamados también comunidades nativas y campesinas, han vivido una realidad de discriminación y exclusión debido a razones históricas, sociales y económicas, agravada, entre otras circunstancias, por las constantes limitaciones legales a ejercer plenamente sus derechos sobre las tierras y recursos naturales que hay en ellas, así como por la presencia en sus territorios de colonos, invasores de tierras que se apoderan de tierras reconocidas para las comunidades, y empresas, principalmente extractivas, que van a acentuar su vulnerabilidad y a limitar la defensa de sus derechos; y lo que es igualmente importante, a impactar social y ambientalmente de forma negativa su modelo tradicional de vida.

Y todo ello a pesar de que a nivel internacional se han reconocido derechos a los pueblos indígenas vinculados a la tierra y a los recursos naturales en instrumentos tales como el Convenio N° 169 de la OIT, el Proyecto de Declaración Internacional sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (2006), la Resolución sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (1997), la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza (2001) y la Carta Andina de Derechos Humanos (2002). Estos derechos son, entre otros, el derecho a la propiedad de la tierra; al uso ancestral de los recursos naturales; el derecho a un territorio indígena, y el derecho a la consulta previa, libre e informada, derechos todos ellos esenciales para estos pueblos en su necesidad de controlar áreas que le permitan gestionar y usar los recursos naturales para sostener sus tradicionales formas de vida.

Esa circunstancia explica que en el Perú no haya sido regulado plenamente el derecho a la consulta hasta el 2011 que se promulga la Ley 29785.

Para analizar en profundidad este derecho, debemos apuntar brevemente las disquisiciones y polémicas existentes por parte de la doctrina y expertos²²⁹, sobre el alcance de la consulta de acuerdo a lo señalado en los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio N° 169:

“Artículo 6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

²²⁹ Elizabeth Anderson y Lorenzo De La Puente Brunke

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

2. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

3. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

“Artículo 15.-

(...)

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”.

En ese sentido, el Convenio N° 169 es un instrumento jurídico que debe ser interpretado integralmente por cuanto una interpretación aislada de cada artículo de este convenio, no posibilitaría entender el derecho a la consulta como un derecho ligado a desarrollar un procedimiento que permita a los pueblos indígenas poder manifestar su voluntad sobre una actividad o medida legislativa que los afecte.

Debemos distinguir el derecho a la consulta como un derecho con dos dimensiones, un derecho con un contenido sustancial y un derecho como requisito formal:

1. El derecho a la consulta como un derecho con un contenido sustancial, se entiende como el respeto a la voluntad de los pueblos indígenas cuando deciden si hay o no actividades extractivas en sus territorios. Si aceptan la actividad, es decir, si hay acuerdo con el Estado, se otorga el derecho a la empresa; si la rechazan, es decir, no hay consentimiento, se configura dos opciones, o no se respeta esta manifestación de voluntad, como señala muchas de las legislaciones nacionales de la región y si se respeta, tal como ha indicado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, se respeta y se le da el carácter vinculante de no obtener el consentimiento, se configura el derecho a

veto y el Estado no debe otorgar el derecho, ni permitir la actividad. Esta última acepción es la más polémica y sólo Bolivia la ha reconocido “formalmente”²³⁰.

2. El derecho a la consulta como requisito formal, es la obligación del Estado de establecer un procedimiento claro y preciso en el cual se produzca la manifestación de la voluntad (“consentimiento”) de los pueblos indígenas, en cuanto a las medidas legislativas o administrativas que atañen su forma de vida y desarrollo y que afecten sus derechos territoriales; se otorguen recursos naturales del subsuelo a terceros; se fijen beneficios o se acuerden indemnizaciones por los posibles perjuicios derivados de la limitación de sus derechos, entre otros.

Según lo señalado, la consulta como un derecho sustancial que supone la obligatoriedad para el Estado de consultar y respetar los acuerdos con los pueblos indígenas, es un derecho que no se ha llevado en la práctica en el Perú en el sector extractivo en el primer periodo (1995-2011) y en el segundo, de manera que la practica ha sido batallar en cada caso para que ello se aplique, desde los parámetros señalados por el Convenio N° 169.

El Convenio 169 de la OIT dice claramente que las “consultas deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6°), llegando incluso a señalar que los pueblos indígenas tienen derecho “a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (art. 7°), sobre todo “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” y sus beneficios (art. 15°).

El derecho a la consulta debe ser, por lo tanto, un derecho que permita a estos pueblos asumir la responsabilidad y el ejercicio de decidir sobre sus tierras y sobre los recursos naturales que poseen y usan ancestralmente, así como conocer y manifestar su opinión sobre si desean o no actividades extractivas en ellas.

En el caso de Perú, está claro que la interpretación integral de los artículos 6°, 7° y 15° y del derecho a la consulta señalaría un nuevo requisito para el Estado en el momento de otorgar los derechos y permitir actividades extractivas en tierras-

²³⁰ Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas de Bolivia, Decreto Supremo N° 29033 de 16 de febrero de 2007.

territorios de los pueblos indígenas. Así, integrar dentro de sus procedimientos administrativos, un procedimiento de consulta para los pueblos indígenas afectados por estas actividades; y ciertamente, esto recién se desarrolló con la puesta en vigencia de la Ley 29785. Esta ley define cuales son los casos se aplica la consulta previa:

“Artículo 2. Derecho a la consulta Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

Incluyendo lo señalado por la Ley de Consulta Previa Ley 29785, se identifica hasta 5 procedimientos administrativos para desarrollar la consulta previa en la legislación nacional:

1. Consulta previa para medidas administrativas que afecten los derechos de los pueblos indígenas
2. Consulta previa para medidas legislativas que afecten los derechos de estos pueblos, que no ha sido regulado, es más, no ha habido interés por el Congreso en aprobar una ley en la materia.
3. Consulta previa para medidas administrativas relacionadas a los recursos naturales, antes del otorgamiento del derecho o autorización que identifica impactos ambientales y sociales.
4. Consulta previa para planes y programa de desarrollo.

Debemos contemplar que hay una diferencia sustancial entre consulta y consentimiento, pues tiene diferentes objetivos. El Convenio 169 de la OIT define la consulta previa pero no define el contenido mínimo ni los efectos jurídicos del consentimiento, como obligación estatal de seguir la voluntad de los pueblos indígenas en cuanto al rechazo a una decisión estatal que afecte sus derechos, pues no hay un reconocimiento expreso del derecho de veto, más bien condicionantes donde se debe buscar el consentimiento por la Declaración Internacional de Derechos de Pueblos Indígenas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo necesario obtenerlo como única posibilidad en los de desarrollo de

actividades militares, depósito de residuos peligrosos, y proyectos de desarrollo que afecten la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas. La Declaración de Naciones Unidas dice lo siguiente:

“Artículo 32.

(...)

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

Finalmente, el tema más importante de definir la aplicabilidad y operatividad del derecho a la consulta previa pasar por la definición de lo que se define como afectación a los derechos indígenas, y como se puede comparar entre el Convenio 169 y la Ley y su reglamento de consulta previa, se reduce el alcance de dicha afectación:

Cuadro 25 Comparación de afectación de derechos de Pueblos Indígenas por Convenio 169, Ley 29785 y Reglamento

Convenio 169 OIT	Ley 29785	Reglamento de Consulta
“a) consultar a los pueblos interesados, (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6).	“Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa” (art. 5).	“7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa” (art. 7).

Fuente: elaboración propia

4.2.1.3. SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Después de relatar la situación por la que ha pasado la legislación de la consulta previa, consideramos importante señalar los contenidos mínimos de este derecho y las resistencias formales y políticas que tienen ciertos actores económicos para su implementación.

El derecho de consulta tiene ciertos elementos mínimos, uno de ellos es la fundamentación. El derecho a la consulta se fundamenta en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a establecer sus propias prioridades de desarrollo (principio de autodeterminación de los pueblos indígenas). Esta característica representa la diferencia sustancial con los mecanismos de participación ciudadana en

general, tema que mantiene una serie de discusiones desde sociedad civil y organizaciones de derechos humanos.

En cuanto a la definición de la consulta, el derecho a la consulta previa se desprende del derecho a la participación de los pueblos indígenas y se materializa en el hecho de que la adopción de las medidas legislativas, administrativas y proyectos de desarrollo sean antecedidos de un proceso de diálogo inclusivo cuya finalidad sea el acuerdo o consentimiento con los dichos pueblos.

Un tema medular es quien desarrolla el proceso de consulta y si es un proceso tripartito: Estado-pueblos indígenas-Empresas u otros. El derecho a la consulta supone una obligación estatal que no puede ser delegada a actores no estatales, como las empresas privadas. Asimismo, debemos tener en cuenta que la consulta es un proceso de distintas etapas (programático). En un primer momento, desde el otorgamiento de las concesiones, no se requiere que la empresa participe. Por otro lado, en momentos posteriores, se va a requerir información de las empresas para evaluar los proyectos y que los pueblos indígenas puedan tomar decisiones.

En cuanto al proceso de consulta, este derecho no pretende ser un mecanismo de información ni un procedimiento meramente formal, es un proceso de diálogo permanente, realizado de buena fe, y de modo apropiado a las circunstancias entre el Estado y los pueblos indígenas, con el cual se busca conocer los reales intereses de los consultados para así incorporarlos como parte de las políticas públicas, y las medidas legislativas y administrativas.

En cuanto a los proyectos de desarrollo (industrias extractivas), estos se consultan por la afectación que pueden llegar a ocasionar sobre la vida y sobrevivencia de los pueblos indígenas, y por qué eventualmente puedan poner en riesgo la integridad física y cultural de estos pueblos.

En el siguiente cuadro, resumimos el marco conceptual y legal de derecho a la consulta previa de acorde al Convenio 169 de la OIT y que sigue el marco legal peruano, tanto la ley y el reglamento:

CUADRO 26 MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA CONSULTA

Aspectos esenciales de DCP	Definición legal	Posibles problemas de aplicación
¿A quiénes se consulta?	Se mencionan los criterios del art. 1. del Convenio N° 169 de la OIT y a las comunidades campesinas y nativas.	Identificación territorial de las comunidades nativas o campesinas más que por la afectación de sus derechos. La representatividad o acreditación puede

		convertirse en un filtro de consulta.
¿Quién los consulta?	Cada sector promueve la consulta o a solicitud de los pueblos indígenas.	Cada sector podría tener una capacidad discrecional de aplicar el derecho de consulta, lo que no esté claramente estipulado, podría generar conflictos.
¿Qué se les consulta?	Medidas legislativas y administrativas que les afecte según cada Sector. Apelable ante el Ministerio de Cultura. Y se consulta Planes, Programas y Proyectos de Desarrollo Nacional y Regional.	Sector califica normas o actos susceptibles a afectar a los pueblos indígenas. El reglamento es poco claro si la realización de la consulta es previa al otorgamiento del derecho cuando se tratan de inversiones.
¿Cómo se les consulta?	Se establecen principios orientadores procedimentales.	El reglamento aún vigente señalaba un procedimiento de 120 días, aún no publico la Guía Metodológica.
¿Cuál es el efecto del acuerdo?	Acuerdo entre pueblos indígenas es un acto administrativo y obligatorio para ambas partes.	Este reconocimiento del acuerdo entre los pueblos y el Estado es el más importante señalado por la ley.

Fuente: elaboración propia

Al enfocarse en la subjetividad del derecho a la consulta previa, ha sido difícil definirlos por interferencias políticas y la visión de desarrollo en el sector extractivo, especialmente el minero. Se ha producido una doble discusión que ha cuestionado la subjetividad del derecho a la consulta previa, el primero, relacionado a si efectivamente los pueblos indígenas tienen este derecho, puesto que se oponía al proceso agresivo de inversiones en sus territorios:

“Esas personas [los pueblos indígenas] no son ciudadanos de primera clase. ¿Que puedan decir 400 mil nativos a 28 millones de peruanos: 'ustedes no tiene derecho de venir por aquí'? ¡De ninguna manera!

Ese es un error gravísimo. Quién piense de esa manera quiere llevarnos a la irracionalidad y al retroceso primitivo” (Alan García Pérez, Presidente del Perú, 2009, por el Conflicto de Bagua)

La segunda discusión sobre la subjetividad fue con respecto a que sujetos tienen el derecho a la consulta previa, que llevo el cuestionamiento por autoridades públicas y por el gremio empresarial:

“La ley de consulta previa es para los pueblos originarios o comunidades indígenas. No necesariamente una población califica en eso (...) esto normalmente se da en las comunidades amazónicas donde hay pueblos no contactados o comunidades -que si bien están dentro de una demarcación territorial- no necesariamente tienen autoridades representativas que puedan hacer defender sus derechos” (Ex presidente Ollanta Humala)²³¹.

Si bien este discurso no fue aislado puesto que se pensaba que la consulta previa demoraría los procedimientos para el inicio de operaciones de las inversiones extractivas, especialmente en minería, un rechazo frontal con visos de discriminación, esto posterior a lo ya señalado el marco legal y reglamentario, impidiendo permanentemente la aplicación de la consulta en dicho sector:

“Cada vez son peores. En el Perú, en particular, además de las expectativas generadas en las comunidades, tenemos la expectativa generada a los ilegales e informales, que pretenden que las empresas formales no puedan explorar y ni operar, para manejar ellos la operación. Simplemente veamos lo que pasó en Tambogrande (Piura): esa es una muestra de lo que se está pretendiendo y lo que se podría replicar. Si además ponemos la consulta previa –que todavía no se ha realizado en actividad minera– a comunidades que no tienen el perfil para ser consultadas, sino que cualquiera que se pone una pluma ya tiene derecho a ser consultado, la cosa será aún más difícil” (Carlos Gálvez, Compañía Minas Buenaventura)²³².

Esto no fue el único momento de debate público con respecto a quienes son sujetos de consulta previa, un cuestionamiento que se centró principalmente en excluir a las comunidades campesinas. Esto fue resuelto hace muchos años por el propio Estado Peruano. Diversas comunicaciones del Estado peruano ante organismos internacionales, así como reportes e informes ante la Comisión de Expertos de la OIT en sus reportes anuales de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, señala que son pueblos indígenas en el Perú, las comunidades campesinas y nativas, y los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, aunque por el marco legal vigente, a estos últimos no se le aplica la consulta previa.

No obstante estas objeciones políticas, el Convenio 169, la ley y el reglamento hacen una definición bien extensa de quienes son sujetos de derecho de consulta previa:

Cuadro 27 Comparación de definición de Pueblos Indígenas por Convenio 169, Ley 29785 y Reglamento

Características	Convenio 169 OIT	Ley 29785	Reglamento de Consulta
Afectación de Derechos	“a) consultar a los pueblos interesados, (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6).	“Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa” (art. 5).	“7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa” (art. 7).
Criterios	“b) a los pueblos en	“a) Descendencia directa	“Pueblo que desciende de

²³¹ En: “Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa”, en *Portal de noticias Servindi*, Lima, 13 de junio de 2012. Ver <https://www.servindi.org/actualidad/66223>

²³² En “¿Conga va para Buenaventura?: Si los planetas se alinean, lo ejecutamos en 3 años”, Entrevista por Paolo Benza en *Semana Económica*, Lima, 26 de mayo de 2014.

Objetivos	países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización (...), conservan todas sus propias instituciones (...), o parte de ellas” (art. 1).	de las poblaciones originarias del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional” (art. 7).	poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; (...),” (art. 3,k).
Criterios Subjetivos	“La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos (...)” (art. 1, 2).	“(…) se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria” (art. 7).	“(…) y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal (...)”, (art. 3,k).
Comunidades		“Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios” (art. 7).	“(…) La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos (...)” (art. 3, k).

Fuente: elaboración propia

4.2.2. LIMITACIONES PROCEDIMENTALES DE LA LEY 29785 LEY DE CONSULTA PREVIA

La nueva Ley N° 28785 ha sido saludada por representantes extranjeros, el Relator de Naciones Unidas, la sociedad civil, el sector privado, etc., hasta la votación de aprobación por el Congreso ha implicado un consenso nacional, muy alejado a las ideas que veían a esta institución jurídica como un retroceso y un serio cuestionamiento al modelo de desarrollo amparado en la Constitución de 1993. Sin embargo, el plus de este reconocimiento es que se constituye en un paso importante para la construcción de nuevas reglas del juego en las inversiones y también en las relaciones entre el poder político, los actores económicos y la ciudadanía, es decir, a nivel constitucional²³³. Sin embargo, el reglamento de esta ley (DS 001-2012-MC), muy por el contrario, vacía de contenido y resta en avance los posibles acuerdos que hubieran logrado con la ley, y el incierto desarrollo de otros instrumentos, su falta de

²³³ César Gamboa, “Consulta Previa y Contexto Nacional: un mejor manejo sobre los recursos naturales”, Revista Elecciones (Lima), vol. 10, n. 11 (2011), p. 156.

transparencia o claridad de la consulta en el sector minero energético, no hacen más que generar dudas para la implementación de este importante derecho.

4.2.2.1. CONTEXTO DE LA LEY 29785 LEY DE CONSULTA PREVIA

En el caso peruano, es claro que no se han producido procesos de consulta en industrias extractivas (minería e hidrocarburos), electricidad, etc. hasta el 2011. Un tema interesante se convierte el proceso de creación de áreas naturales protegidas, pues la legislación en esta materia contempla el proceso de consulta y hasta se han producido procesos de consulta, sin embargo, también se cuentan con malas experiencias en dicho sector.

CUADRO 28 COMPARACIÓN ENTRE LEGISLACIÓN DE HIDROCARBUROS Y AUTÓGRAFA

Marco Normativo	Reglamento de Participación Ciudadana en Actividades de Hidrocarburos	Autógrafa de Ley de Consulta
Finalidad	Llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios (art. III)	Alcanzar el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas (art. 3)
Etapas	Negociación: Difusión de información. Al inicio de la negociación, antes del envío del proyecto de contrato a MINEM, luego de la suscripción de contrato para la exploración/explotación	Identificación del sujeto a consultar
		Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados
		Publicidad del objeto a consultar
		Proceso de Información
	Relacionados a los Estudios de Impacto Ambiental: Talleres informativos y audiencias (obligatorios)	Evaluación interna en las organizaciones indígenas de los pueblos indígenas
		Proceso de dialogo
		Decisión

Fuente: elaboración propia²³⁴

El cuadro anterior nos puede graficar claramente la falta de oportunidad de la consulta previa, libre e informados como derecho de los pueblos indígenas, el cual debe realizarse antes de cualquier decisión administrativa o legislativa, así como actividad económica que los pueda afectar. En el caso peruano, tanto las concesiones hidrocarburíferos para los pueblos amazónicos, las concesiones mineras para los pueblos andinos y algunos costeros, obras de infraestructura, concesiones de diverso tipo, así como últimamente posibles proyectos de represas o hidroeléctricas en la zona amazónica, son proyectos o derechos otorgados que no han contado con un proceso de consulta previo.

²³⁴ Reglamento de participación ciudadana para la realización de Actividades de hidrocarburos (D.S. N° 012-2008-EM) y Ley de Consulta, aprobada en el Congreso de la República el 19.05.2010.

Frente a la falta de reconocimiento formal e implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en industrias extractivas y medidas legislativas o administrativas en general, uno de la forma de solucionar conflictos socioambientales, después del conflicto de Bagua, se produjeron una serie de propuestas normativas que produjeron después la Ley 29785.

Entre el 2009 y 2010, se presentaron varias propuestas de ley para regular el derecho a la consulta²³⁵. Estas propuestas e ideas se enriquecieron con la propuesta y posterior Dictamen de Proyecto de Ley discutido por la Comisión de Pueblos Indígenas (CPAAAAE), aprobado que incorpora en parte la propuesta elaborada en la Mesa N° 3. Sin embargo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó un Dictamen de Proyecto de Ley el 18 de mayo de 2010, el cual se sometió a debate y votación en el Pleno del Congreso, siendo aprobada la autógrafa de la Ley de Consulta con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones. El Congreso de la República le remitió al Presidente de la República la autógrafa de la ley de consulta para que la promulgue y entrara en vigencia, sin embargo, el Poder Ejecutivo observó el texto de la autógrafa –a recomendación de los gremios empresariales y canalizado por el Ministerio de Energía y Minas-, enviando propuestas de cambios en el texto –“restrictivo de derecho”- al Congreso de la República, el cual remitió a su Comisión de Constitución, emitiendo un dictamen de allanamiento a los cambios del Poder Ejecutivo. Este dictamen que recoge la propuesta del Poder Ejecutivo fue desechada y la propuesta original y aprobada por el Congreso (“garantista de derecho”) fue aprobado en agosto del año pasado por unanimidad.

Vale mencionar un hito de tensión, el cual debe ser respondido desde la incidencia legal. El Tribunal Constitucional ha cambiado de una posición garantista de derechos que mantuvo hace algunos años (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 03343-2007-AA²³⁶), hacia una posición conservadora y defensora del principio de seguridad jurídica (Sentencia del TC. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC²³⁷) las inversiones de actividades económicas, por lo que si comparamos dos sentencias en las que se pronuncia sobre el derecho de consulta previa, libre e informada de los

²³⁵ La propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre derecho a la consulta, presentada luego de los acontecimientos de Bagua (junio de 2009); propuesta de la Mesa 3 de Consulta del Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía presentó una propuesta consensuada entre organizaciones indígenas amazónicas y el Poder Ejecutivo y propuesta de organizaciones indígenas andinas que enriqueció la propuesta de la Mesa 3 del Grupo de Dialogo Nacional Post Bagua.

²³⁶ Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

²³⁷ Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

pueblos indígenas, podremos encontrar un cambio de su posición con respecto a este derecho.

Finalmente, muchos expertos e instituciones se han pronunciado sobre las observaciones a la autógrafa de la ley de consulta por el Poder Ejecutivo²³⁸, así que en el siguiente cuadro podemos ver los problemas que trae estas ocho observaciones y modificaciones sobre el nuevo marco legal de consulta, propuestas que nuevamente rompen un compromiso político desarrollado en el trabajo del Grupo de Dialogo de 2009 y va en contra de los estándares mínimos del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas:

CUADRO 29 DIFERENCIAS NORMATIVAS Y POSIBLES EFECTOS NEGATIVOS DE LAS OBSERVACIONES

Autógrafa de Ley de Consulta	Observaciones del Ejecutivo	Efecto posible
No reconoce el derecho de veto, garantiza procedimiento de consulta con la finalidad de asegurar la manifestación de voluntad de los pueblos en medidas legales o administrativas (art. 3 de la autógrafa).	Soberanía del Estado: <i>lus Imperium</i> ante la falta de acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas.	El posible efecto es señalar expresamente la facultad del Estado para asegurar, ante el fracaso de un dialogo Estado-pueblos, la continuidad de la medida pretendida.
Al no lograrse el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, no se señala más que el Estado debe garantizar los derechos de los pueblos indígenas, suponiendo en el proceso de implementación de la decisión estatal. (art. 15).	Privilegio del interés de todos los ciudadanos sobre el interés de los indígenas. Ponderación: garantizar que las comunidades nativas participen en los beneficios o “perciban indemnizaciones equitativas por los daños que puedan sufrir”.	En el proceso de negociación entre Estado y pueblos indígenas, se incluye un criterio para que el Estado al momento de negociar con estos pueblos, privilegie la visión de desarrollo o el interés de la mayoría, vulnerando la regla de contrapeso democrático y ciudadanía diferenciada.
Incluye los procesos de consulta a medidas legislativas y administrativas, así como a planes, programas y proyectos de alcance regional (art. 6)	Inaplicación de la consulta respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional.	Reducir la aplicación de los procesos de consulta a proyectos a realizarse en tierras de comunidades.
Se inserta la obligación estatal de realizar la consulta, “bajo la responsabilidad” del funcionario público que no la cumpla (art. 9).	Impacto de riesgo de retrasar o detener el desarrollo del país sobre la consulta de medidas administrativas y legislativas por posible “burocratización”.	Eliminar cualquier garantía de obligatoriedad que deba tener el funcionario al fundar su decisión en no desarrollar procesos de consulta. Innecesario.
Ante la negativa de realizar el proceso de consulta por parte del Estado, se plantea procedimiento de impugnación de la decisión vía administrativa y judicial (art. 9).	Eliminación de la impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo respecto de la participación de determinados pueblos indígenas.	Eliminación de la posibilidad de procedimiento de impugnación de la decisión de rechazar solicitud de consulta vía administrativa y judicial con la intención de no demorar los

²³⁸ Entre los diversos comentarios, podemos encontrar los siguientes: Chirif, Alberto, “Las observaciones del Ejecutivo: el derecho de consulta versus el autoritarismo”, manuscrito de 02 de julio; Coronado, Hernán et al., “Análisis a las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010”, documento de trabajo, CAAAP, junio de 2010; Red Muqui, “Comentarios a las Observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas u Originarios”, 12 de julio de 2010.

		procedimientos administrativos de otorgamiento de derechos y evaluación ambiental.
La autógrafa extiende la definición de pueblos indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña (art. 7).	Reducir la definición de pueblos indígenas sólo a los amazónicos.	La idea es impedir que proyectos públicos (agrícola, infraestructura) o inversiones privadas (minería en la zona andina) tengan como requisito previo la consulta previa.
Se señala “los pueblos indígenas u originarios” se participan a través de sus instituciones y organizaciones representativas “elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales” (art. 6).	Limitar la legitimidad de las organizaciones representativas de las comunidades campesinas o nativas en su participación de los procesos de consulta.	Limitar la participación de los líderes indígenas y organizaciones de nivel nacional, regional o federal en los procesos de consulta, que sólo involucraría a los directamente afectados.
Señala que el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, proceso de consulta (art. 15).	Exigibilidad administrativa y judicial del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas expresado en un acta.	Precisión para evitar que los acuerdos orales o compromisos informales no tengan efecto vinculante.

Fuente: elaboración propia

4.2.2.2. LEY 29785 LA LEY DE CONSULTA PREVIA

Durante el conflicto de Bagua, tanto por el conflicto, como producto del dialogo nacional, así como de los avances de satisfacción de las demandas judiciales ante el TCP, el Congreso de la República decidió priorizar la adopción de un marco legal para el Derecho a la Consulta Previa. Este proceso permitió un debate nacional sobre los derechos indígenas, especialmente lo que ha había definido por el TCP en algunas de las sentencias mencionadas, pero especialmente porque se expresaron posiciones encontradas, en ese momento, entre el Gobierno Peruano y los movimientos indígenas.

Entre el 2009 y 2010, se presentaron varias propuestas de ley para regular el DCP. Propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre derecho a la consulta, presentada luego de los acontecimientos de Bagua (junio de 2009); propuesta de la Mesa 3 de Consulta del Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía presentó una propuesta consensuada entre organizaciones indígenas amazónicas y el Poder Ejecutivo y propuesta de organizaciones indígenas amazónicas y andinas que enriqueció la propuesta de la Mesa 3 del Grupo de Dialogo Nacional Post Bagua. Estas propuestas e ideas se enriquecieron con la propuesta y posterior Dictamen de Proyecto de Ley discutido por la Comisión de Pueblos Indígenas CPAAAAE, aprobado con cargo a redacción que incorpora en parte la propuestas elaborada en la Mesa N° 3. Sin embargo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó un

Dictamen de Proyecto de Ley el 18 de mayo de 2010, el cual se sometió a debate y votación en el Pleno del Congreso, siendo aprobada la autógrafa de la Ley de Consulta con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones. El Congreso de la República le remitió al Presidente de la República la autógrafa de la ley de consulta para que la promulgue y entrara en vigencia, sin embargo, el Poder Ejecutivo observó el texto de la autógrafa –a recomendación de los gremios empresariales y canalizado por el Ministerio de Energía y Minas-, enviando propuesta de cambios –“restrictivo de derecho”- al Congreso de la República, el cual remitió a su Comisión de Constitución, emitiendo un dictamen de allanamiento a los cambios del Poder Ejecutivo. Este dictamen que recoge la propuesta del Poder Ejecutivo fue desechada y la propuesta original y aprobada por el Congreso (“garantista de derecho”) fue aprobado en agosto del año pasado por unanimidad.

Muchos expertos e instituciones de la sociedad civil se pronunciaron sobre los cuestionamientos del Poder Ejecutivo, especialmente porque también contradecía lo expresado por el TCP, especialmente porque al observar la aprobación por parte del Congreso de la República del primer proyecto de ley (autógrafa) de derecho de consulta previa, estableciendo una tensión normativa, una tensión entre bienes constitucionales como es la soberanía del Estado, las formas de gobierno, del marco de las inversiones y el Derecho a la Consulta Previa.

Pese a esto, la Ley de Consulta Previa fue aprobada en agosto del año pasado y ciertamente fue parte de un proceso político que las organizaciones indígenas aceptaron un texto sin modificaciones pero que tenían ciertas salvedades o críticas. Sus aportes más importantes son el hecho que identifica un procedimiento de consulta con etapas orientadoras y establece que el acuerdo entre Estado y pueblos indígenas es vinculante u obligatorio, dos elementos que había ya señalados en diversos pronunciamientos el TCP. No obstante ello, podemos decir que esta norma también contiene aspectos criticables: no incluye causales de consentimiento previo que si están en el Convenio 169 u en normas nacionales (p.e. el consentimiento para el desplazamiento involuntario); un órgano técnico que recae en el Viceministerio de Interculturalidad sin participación indígena en su conformación; y pretende darle carácter de irrevisable las medidas administrativas y legislativas que se encuentran vigentes hasta antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley (Disposición Complementaria Final Segunda); entre otras.

Pese a esta nueva ley, lo cierto es que las organizaciones indígenas en coordinación a través del Pacto de Unidad plantearon continuar con el proceso de reglamentación de la ley de consulta, la cual duraría entre noviembre de 2011 y marzo de 2012. Este reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo 001-2012-MC de 02 de abril de 2012. Este proceso de reglamentación de la ley de consulta adoleció de serias deficiencias de forma y fondo, que desnaturalizaron el dialogo entre Gobierno Peruano y pueblos indígenas, siendo acusado por las propias organizaciones indígenas de mala fe, y terminando por renuncia la mayoría de ellas a este proceso de reglamentación. No fue una sorpresa que se produjeran cambios en este reglamento y las propuestas que se manejaron por parte del Estado y la que finalmente se consensuó pero no se respetó puesto que se produjeron modificaciones, eliminaciones y distorsiones de la propuesta consensuada.

Las organizaciones sociales, el Pacto de Unidad, el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos se han pronunciado en contra o preocupadas por esta norma. A favor, algunos legisladores, medios de comunicación y hasta la Sociedad Nacional de Minería, Energía y Petróleo, que finalmente aceptó el DCP –antes lo rechazaba y consideraba discrecional su aplicación-, han saludado la reglamentación de la consulta²³⁹.

Si bien se genera una nueva normativa para la implementación de la consulta, este reglamento de la ley de consulta solo busca instrumentalizar este derecho para facilitar la inversión y no recoger la visión de estos pueblos en el proceso de uso de recursos naturales, uno de los temas más complejos de nuestro país, puesto que la falta de gobernanza es el origen de muchos de los conflictos socioambientales²⁴⁰, especialmente por la superposición de derechos. En ese sentido, incumple con el sentido normativo del DCP y la obligación trasladada hacia el Gobierno Peruano sobre la regulación del DCP por el Tribunal Constitucional del Perú en diversos pronunciamientos constitucionales y que por desnaturalizarla, incumple su obligación.

Podemos identificar hasta cuatro contradicciones del reglamento del derecho a la consulta, contradiciendo lo dispuesto en varios momentos por el TCP: la consulta no se produce antes del otorgamiento de la concesión, se coloca como

²³⁹ Gamboa, César, “La captura pública de la consulta previa”, Diario La Primera, 11 de abril de 2012, ver http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/la-captura-p-blica-de-la-consulta-previa_109047.html

²⁴⁰ TIPULA, Pedro, *Dilemas Territoriales: Comunidad Nativa, Estado y Empresas Extractivas*, Tesis Maestría en Geografía, Lima UNMSM, 2013, pp. 52 y ss.

opcional (art. 3 lit. i y 6); no se menciona claramente los necesarios casos de consentimiento que el Estado debería respetar; son pocas facultades del Viceministerio de Interculturalidad para intervenir en los procesos de consulta que desarrollen los sectores, y más bien la aprobación de procesos de consulta a nivel regional o local por parte del Viceministerio (art. 2.3) es una facultad inconstitucional puesto que no es un ente rector –no existe un sistema de políticas públicas- ni la ley de consulta lo faculta ello; y se pretende limitar la presencia de organizaciones indígenas de carácter nacional para ciertos casos (p.e. art. 27.6).

En cuanto a la institucionalidad, el Ministerio de Cultura no garantiza un correcto cumplimiento de esta norma. No solo por la experiencia de diálogo que produjo este reglamento meses atrás, sino porque queda claro que la autoridad en este tema será la PCM y no este ministerio, que podrá cumplir un papel técnico, pero no garante del diálogo con las organizaciones y pueblos indígenas.

Una situación pendiente para la implementación de la consulta es la difusión, la transparencia y el acceso a la información de estos procesos que se ha anunciado ya están desarrollando los sectores como educación y energía, de los cuales pocos se conocen. Asimismo, el Viceministerio de Interculturalidad tiene la obligación legal de elaborar y difundir una Guía Metodológica y la Base de Datos de los Pueblos Indígenas en el Perú, y hasta el momento no ha sido ni publicada ni difundida, por lo que esta ausencia de transparencia puede afectar más el proceso de implementación del derecho a la consulta en el país.

Durante el 2011, las organizaciones indígenas amazónicas y andinas decidieron unirse y organizarse a nivel nacional a través de un Pacto de Unidad, una coordinadora del movimiento indígena, así como organizaciones de la sociedad civil, han seguido presentando propuestas de reforma legal, las cuales buscan mejorar el marco legal y el carácter restrictivo del DCP, dejado así por el Reglamento de la Ley de Consulta.

Asimismo, un elemento importante en este proceso era reglamentar el procedimiento de la consulta para tres situaciones: procesos de consulta antes de aprobarse una medida legislativa a nivel local, regional y nacional; procedimientos antes de una medida administrativa; y en el caso de proyectos de inversión económica, debemos señalar que idealmente deben desarrollarse procedimientos de consulta antes del otorgamiento de un derecho (por ejemplo, la concesión).

CUADRO 30 REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA

Principios orientadores del procedimiento	Principios orientadores del procedimiento
Condición sine qua non y previa para el desarrollo del procedimiento de consulta	Registro de pueblos indígenas elaborado por Ministerio de Cultura Viceministerio de Interculturalidad.
Primera etapa de preparación del proceso de consulta	Identificación de la medida legislativa o administrativa.
	Identificación de los pueblos indígenas u originarios.
	Publicidad de la medida legislativa o administrativa (apropiada culturalmente).
	Información sobre la medida legislativa o administrativa (motivos, implicancias, impactos y consecuencias).
Segunda etapa de evaluación interna y definición de la autodeterminación	Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente (plazo razonable).
Tercera etapa de diálogo	Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
Etapa final de la toma de decisión (acuerdo o no acuerdo)	Decisión (tomando en cuenta la posibles afectación de derechos en caso no exista acuerdo con los pueblos indígenas).

Fuente: elaboración propia / Ley 29785 y DS 001-2012-MC

Un importante aporte de la ley que permitirá la implementación de la consulta a los pueblos indígenas e identificar rápidamente la viabilidad de diversos proyectos hidroeléctricos es la consulta a nivel de la etapa de planificación de las decisiones políticas a través de planes y programas sectoriales. Ello mejorará la toma de decisiones, así como generaría un modelo de desarrollo integrado y un posible balance integral de beneficios y costos en todos los sectores.

Las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas agrupadas en el Pacto de Unidad, así como las comunidades que representan, han señalado una serie de críticas a la Ley de Consulta Previa durante los encuentros previos a la reglamentación (febrero a marzo de 2012), pidiendo su modificatoria como requisito para proceder con la reglamentación. Entre estas críticas, tenemos las siguientes:

1. Artículo 1.- Señala que se consultarán solo las afectaciones “directas”, debiendo incluir TODA afectación, no solo “la directa” considerar toda fuente jurídica internacional, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y no solo el Convenio 169 de la OIT.
2. Artículo 2.- Solo protege los derechos colectivos, debiendo proteger TODO derecho indígena, e INVALIDAR todo acto no consultado a los pueblos.

3. Artículo 4- Debería ampliarse los principios de la consulta de solo 7 a los 18 concertados con el Estado en abril 2010.
4. Artículo 7.- Debería considerarse indígenas a TODOS los descendientes desde antes de la colonia, y no limitarlos a los descendientes “directos” y quienes conserven “todos” los elementos culturales que excluye a las rondas campesinas y pueblos costeros.
5. Artículo 15.- Debería precisar que la “decisión final” estatal, está obligada a lograr el consentimiento cuando se trata de megaproyectos, depósito de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o se afecte la supervivencia; a una segunda etapa de diálogo; a no afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado.
6. Artículo 19.- El Vice Ministerio de Interculturalidad no debe ser juez y parte en los reclamos sobre cuándo debe consultarse y al mismo tiempo garantizar se cumplan los acuerdos. Se requiere de una Institucionalidad Indígena Autónoma dentro de la estructura del Estado.
7. Segunda Disposición final.- Dispone que siguen vigentes todas las medidas legislativas y administrativas anteriores a la ley de vigencia de la Ley de Consulta que no hayan pasado por un proceso de consulta previa. Esto debería modificarse pues tales medidas deben ser revisadas y consultadas pues violan el Convenio 169, vigente desde en el Perú desde 1995²⁴¹.

Además, el equivocado desarrollo del proceso de reglamentación de la ley de consulta no contribuyó a crear un escenario propicio entre funcionarios del Estado y organizaciones indígenas, por lo que derivó a un proceso de desconfianza que se ha mantenido por varios años.

Esta situación no contribuyó a crear un escenario propicio para el diálogo intercultural en tanto puso en cuestión la disposición del Ejecutivo para que la consulta se desarrolle en un marco de diálogo de buena fe y de cumplimiento de acuerdos.

Finalmente, la contradicción entre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la soberanía estatal sobre los recursos naturales es la imposición de las cláusulas constitucionales, las cuales fijan la interpretación o definición de

²⁴¹ AIDSESEP et al. Perú: Informe Alternativo 2012 sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Lima: Paz y Esperanza, 2012, p. 17.

estos derechos según la propia Constitución o la ley, ley que puede elaborarse sin una perspectiva multicultural.

4.2.2.3. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA

El actual reglamento de la Ley de Consulta es una norma que no se adecúa a los estándares internacionales, y que no tomó en cuenta las sugerencias y recomendaciones de las organizaciones nacionales indígenas que participaron del proceso de diálogo. Asimismo, el Ejecutivo no cumplió con los acuerdos logrados en el proceso de consulta previa e incluyó en el texto final, aspectos no consultados ni acordados con las organizaciones participantes. En forma y en fondo, el proceso de dialogo para elaborar el reglamento de la ley de consulta previa, fue una mala experiencia²⁴².

Por ejemplo, el artículo 24 de dicho reglamento establece un plazo muy rígido de 120 días que no puede exceder ningún proceso de consulta, sin considerar la situación cultural, geográfica y otros condicionantes complejos que cambiarán e irán más allá de ese plazo. Otro contradicción en el texto del reglamento lo presenta el artículo 6, el cual señala que la consulta se puede realizar después de la concesión del territorio, mientras que la Décimo Quinta Disposición Complementaria y Final exonera de consulta cuando se trata de servicios públicos, educación y salud en la medida que favorece a los pueblos indígenas, medida que es decidida por las instancias estatales, sin considerar procesos de consultas.

En general, podemos identificar hasta cuatro contradicciones del reglamento del derecho a la consulta: la consulta no se produce antes del otorgamiento de la concesión, se coloca como opcional (art. 3 lit. i y 6); no se menciona claramente los necesarios casos de consentimiento que el Estado debería respetar; son pocas facultades del Viceministerio de Interculturalidad para intervenir en los procesos de consulta que desarrollen los sectores, y más bien la aprobación de procesos de consulta a nivel regional o local por parte del Viceministerio (art. 2.3) es una facultad inconstitucional puesto que no es un ente rector –no existe un sistema de políticas

²⁴² “Magros Talleres en el que han participado más de 300 personas y que no contaban con información previa, con una falta de metodología, con problemas logísticos, mediocre transparencia y rebasados por las expectativas locales indígenas, es muy poco lo que ha podido enriquecer al proceso, aunado a la desconfianza, muchos de estos pueblos, ya defraudados, están planteado la modificación de la ley de consulta, pues estos talleres no se centraron en sus virtudes, sino más bien en sus limitaciones”. Cesar Gamboa “¿El fracaso de la consulta?”, Diario La Primera, 15 de febrero de 2012. En: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/el-fracaso-de-la-consulta_105416.html

públicas- ni la ley de consulta lo faculta ello; y se pretende limitar la presencia de organizaciones indígenas de carácter nacional para ciertos casos (p.e. art. 27.6).

Tal como se ha señalado, el reglamento tiene una marcada tendencia centralista²⁴³, al recortar funciones de los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de su artículo 2. Esto permitirá un control desde el Gobierno Central (Ministerio de Cultura) a proceso de consulta de medidas legislativas y administrativas, normas y disposiciones que pueden afectar los derechos de los pueblos indígenas y que escapan de la competencia de dicho Ministerio.

El art. 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el art. II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades destacan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

En ese sentido, siendo que ambas instancias de gobierno sub nacional, dictan medidas de manera continua que pueden afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción, en realidad lo que se hace es restringir su autonomía, haciendo depender su decisión de llevar a consulta una medida administrativa, de un previo informe favorable del Vice ministerio de interculturalidad. En la práctica una entidad de segundo nivel del gobierno, pasa por encima de un gobierno local elegido democráticamente y definirá si es potestad o no de dichas instancias de gobierno, realizar la consulta en temas de su competencia.

El Vice ministerio de Interculturalidad entonces, mantiene un rol de rectoría sobre el proceso de consulta previa, sólo cuando la realizan los Gobiernos regionales y locales, más no cuando la realizan las demás instancias públicas, donde se encarga sólo de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho.

Evidentemente, se trata de una norma que está pensada en evitar que los gobiernos regionales y locales asuman decisiones y apliquen sus competencias en su jurisdicción, y no pensada en la perspectiva de la defensa de derechos de los pueblos, enfoque en el que el accionar rector del Viceministerio en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas debiera ser transversal.

²⁴³ El art. 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el art. II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades destacan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. En: AIDSESEP et al. Perú: Informe Alternativo 2012 sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Lima: Paz y Esperanza, 2012, pp. 17-8.

De otro lado, debemos recordar, que los Reglamentos desarrollan los marcos generales establecidos en las leyes, pero tal como dice el propio artículo 118 de la Constitución, éstos no pueden transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Sin embargo, es lo que ha sucedido en éste caso, ya que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa ha excedido su desarrollo, al incorporar en su artículo 28, concordante con el artículo 2.3, funciones correspondientes al Vice ministerio de Interculturalidad con las que este no contaba según el artículo 19 de la propia Ley de Consulta Previa, todo con el fin de permitirle poner restricciones a la obligación que tienen los Gobiernos Regionales y Locales de consultar, tal como está establecido en el numeral 2.3.

Una situación pendiente para la implementación de la consulta es la difusión, transparencia y acceso a la información de estos procesos que se ha anunciado ya están desarrollando los sectores como educación y energía, de los cuales pocos se conocen. Asimismo, el Viceministerio de Interculturalidad tiene la obligación legal de elaborar y difundir una Guía Metodológica y la Base de Datos de los Pueblos Indígenas en el Perú, y hasta el momento no ha sido ni publicada ni difundida, por lo que esta ausencia de transparencia puede afectar más el proceso de implementación del derecho a la consulta en el país.

Sin embargo, el Congreso de la República avanzó al presentarse en la Comisión de Pueblos Andinos, Afroperuano, Ambiente y Ecología, el Proyecto de Ley 1183/2011-CR de Consulta Previa de Medidas Legislativas, el cual regularía la consulta cuando alguna medida legislativa afecte sus derechos. En ese sentido, ha habido propuestas de ley sobre la materia en las últimas legislaturas, pero ha habido un rechazo por aprobarla hasta el 2016.

4.2.2.4. LIMITACIONES PROCEDIMENTALES

El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada para los pueblos indígenas era una demanda histórica de estos pueblos en el Perú como en la Región Andina, así como una exigencia constitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y la propia vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, desde el 02 de febrero de 1995. Este es un paso hacia la construcción de una nueva forma de democracia en el Perú: la democracia participativa.

La Ley N° 28785 ha sido saludada por representantes extranjeros, el Relator de Naciones Unidas, la sociedad civil, el sector privado, etc., hasta la votación de aprobación por el Congreso implicó un consenso nacional, muy alejado a las ideas que veían a esta institución jurídica como un retroceso y un serio cuestionamiento al modelo de desarrollo amparado en la Constitución de 1993. Sin embargo, el plus de este reconocimiento es que se constituye en un paso importante para la construcción de nuevas reglas del juego en las inversiones y también en las relaciones entre el poder político, los actores económicos y la ciudadanía, es decir, a nivel constitucional.

Este importante reconocimiento al derecho a la consulta ha necesitado de una reglamentación e implementación a través de una institucionalidad pública fortalecida, un Viceministerio de Interculturalidad cuyo rol de asesoría tenga recursos humanos, financieros y logísticos para hacer viable la implementación de este derecho antes que una medida administrativa, especialmente del sector extractivo, pueda afectarlos directamente.

Los principales retos serán la definición de los sujetos jurídicos a quienes consultar y la materia a consultar. Si bien ya la legislación nacional define a los pueblos indígenas como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, este derecho no podrá ser usado de mala fe. Asimismo, si bien la ley de consulta no es perfecta y deja a potestad a la autoridad sectorial la identificación de la medida administrativa que pueda afectarlos, será importante definir en su reglamentación la fórmula de identificación con participación de las organizaciones indígenas nacionales, así como del Ministerio de Cultura.

Ya esta legislación sobre el derecho a la consulta ha tenido una serie de inconsistencias constitucionales tanto por la ley como por el reglamento de consulta:

1. El artículo 15 de la Ley 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio 169 y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Este artículo, también viola por omisión el artículo 7.1 del Convenio 169 que reconoce el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a armonizar este derecho con la concepción de

desarrollo del Gobierno. De igual manera, el artículo 15 de la Ley 29785 viola por omisión el artículo 59 de la Constitución que exige el respeto de un conjunto de derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas. También desconoce lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido que la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite de las industrias extractivas. Asimismo, el artículo 15 de la ley viola el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT por omisión al no regular el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios. Y finalmente, el artículo 15 de la Ley 29785 viola el artículo 2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169 OIT al omitirse la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas.

2. La 2da. Disposición Complementaria y Final (DFC) es inconstitucional pues convalida inconstitucionalmente normas reglamentarias que regulan la participación ciudadana en materia minera y petrolera a pesar que ellas desnaturalizan y vacían de contenido el derecho a la consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT. En concreto, desnaturaliza la finalidad de la consulta, asimismo, la 2da. DCF de la ley de consulta viola el artículo 6.1 y 6.3 del Convenio al desconocer que el derecho a la consulta es diferente del derecho a la participación. Asimismo, reduce la consulta previa a talleres informativos. De igual manera, la 2DCF es inconstitucional pues convalida inconstitucionalmente normas de rango legal expedidas con posterioridad al Convenio 169 de la OIT y que no fueron consultadas con los pueblos indígenas a pesar que el artículo 6 de este Convenio lo exigía, no obstante que estas afectaban directamente a los pueblos indígenas. En esa misma línea, la 2DCF es inconstitucional pues convalida inconstitucionalmente actos administrativos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y anteriores a la ley de consulta que afectan a los pueblos indígenas y que no fueron consultados con los pueblos indígenas tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Esta ley desconoce que diferentes tribunales nacionales e internacionales han ordenado la suspensión de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales hasta que no se realicen procesos de consulta previa.

3. El artículo 7 de la Ley de Consulta es inconstitucional al desnaturalizar el artículo 1.1.b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para ser considerados pueblos indígenas.
4. De otro lado, el artículo 19 de la ley viola la garantía de la independencia e imparcialidad aplicable al campo administrativo al establecer que el mismo órgano que emitió opinión técnica en primera instancia resuelva en segunda instancia.
5. El artículo 1 de la ley desconoce las otras fuentes de derecho que han desarrollado de los pueblos indígenas y que son vinculantes.
6. El artículo 12 de la Ley 29785 por omisión desconoce la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales.

En cuanto a las inconstitucionalidades y especialmente limitaciones institucionales sobre el derecho de consulta que presenta la Ley 29785 ley de consulta previa, podemos señalar lo siguiente:

1. Inconstitucionalidad del artículo 2 del Decreto Supremo 001-2012-MC (no del Reglamento) pues convalida la omisión de consulta de los actos anteriores a la ley de consulta y posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 en el año 1995.
2. Inconstitucionalidad de la 15ta Disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley de consulta pues establece que no se consultan las obras públicas.
3. Inconstitucionalidad de la 7ma Disposición complementaria, transitoria y final del reglamento por reconocer parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento. En esa misma línea, inconstitucionalidad del artículo 23.3 del reglamento por reconocer parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento.
4. Inconstitucionalidad del artículo 15 del reglamento por excluir a los pueblos indígenas en la etapa de los acuerdos preparatorios previos al proceso de consulta.

5. Inconstitucionalidad del reglamento por omitir regular lo que debe hacerse en casos de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y la obligación del Estado de promover el desarrollo a través de la explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas.
6. Inconstitucionalidad del reglamento por omitir hacer referencia a la obligación del Estado de armonizar los diferentes derechos en conflicto.
7. Inconstitucionalidad del artículo 7.2 del Reglamento por excluir a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales.
8. Inconstitucionalidad del Reglamento por omitir reconocer el carácter vinculante de las reglas vinculantes contenidas en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TC que han desarrollado de los pueblos indígenas y que son vinculantes.
9. Inconstitucionalidad del artículo 24 del Reglamento por viola el principio del plazo razonable de los procesos de consulta.
10. Inconstitucionalidad de los artículos 3.i y 6 del Reglamento por establecer que la consulta se realizara antes de la exploración y no antes de la concesión violando principio de oportunidad según el cual la consulta deben hacerse antes de la decisión que afecta a los pueblos indígenas.
11. Inconstitucionalidad del artículo 2.3 del reglamento que establece un poder de veto en el Viceministerio por invasión de competencias de los gobiernos subnacionales por el Poder Ejecutivo.
12. Inconstitucionalidad del reglamento por omitir reconocer el derecho a recurrir a la justicia constitucional para la protección de sus derechos.
13. Inconstitucionalidad de los artículos 9.2 y 28.3 por establecer competencias incompatibles.
14. Inconstitucionalidad del artículo 9.1 del reglamento por no garantizar una efectiva comunicación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas.
15. Inconstitucionalidad del reglamento por omitir reconocer la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales.
16. Inconstitucionalidad del artículo 5.h del reglamento por subordinar el reconocimiento legal de las costumbres a su adecuación a la ley.

17. Inconstitucionalidad del artículo 5.1 del reglamento por abrir la posibilidad a que se viole el derecho a la consulta mediante el ejercicio irregular de los decretos de urgencia.
18. Inconstitucionalidad del reglamento por desconocer la realización de varios procesos de consulta sobre una misma actividad extractiva.
19. Inconstitucionalidad de varias disposiciones del reglamento por restringir la consulta previa a la afectación de derechos colectivos.
20. Inconstitucionalidad de la 9na DCT por omitir regular la consulta de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Lo que debemos apreciar también es que la consulta previa debe estar integrada a los procesos de planificación estatal previa a la toma de decisiones, especialmente cuando involucran el aprovechamiento de recursos naturales. Este es un paso más a un modelo de democracia participativa que permita la gobernanza en el Perú. Se puede apreciar el incumplimiento del art. 2 de la Ley de Consulta, donde señala que es obligatoria “respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”.

Después de estos años de experiencia de proceso de consulta, queda claro que la regulación especial era necesaria de contar con normatividad aclaratoria del derecho, procedimientos flexibles que se adecuen a la realidad de cada pueblo y una Institucionalidad encargada y fortalecida. El modelo peruano no cuenta perfectamente con ninguna de las tres, pues que si bien el procedimiento de consulta está definido por la ley y su reglamento, existe una amplia discrecionalidad por los sectores, es decir, la consulta es sectorializada; segundo, el procedimiento es sumamente rígido, pensado en su dimensión jurídica administrativa y no en su dimensión política de dialogo, instrumentalizando el derecho indígena y subsumiéndolo al interés del Estado y de la política de desarrollo; y una institucionalidad que no es autoridad o ente rector de la consulta, puesto que depende del sector proponente.

Ya la Ley 29785 no incluyó claramente los supuestos de consentimiento, ni los efectos jurídicos (sanciones) con los actos administrativos que no realicen la consulta; no regula la consulta a nivel legislativo; y la más grave de todas, la declaración de validez implícita de actos administrativos legislativos entre 1995 y la vigencia de la ley 29785 (2011).

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

En cuanto a las inconstitucionalidades, pero especialmente las limitaciones para el desarrollo de la consulta previa, que encontramos en el Reglamento de la ley de consulta previa, podemos señalar lo siguiente:

1. Artículo 2.3 del reglamento que vulnera la autonomía de gobiernos regionales y locales, un poder de veto en el Viceministerio por invasión de competencias de los gobiernos subnacionales por el Poder Ejecutivo.
2. Artículos 3, literal i) y 6 del Reglamento por no establecer de manera clara cuando se realizara la consulta, vulnerando el principio de oportunidad según el cual la consulta deben hacerse antes de la decisión que afecta a los pueblos indígenas.
3. Artículo 7.2 del Reglamento por excluir a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales.
4. Artículo 9.1 del reglamento por no garantizar una efectiva comunicación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas
5. Artículo 24 del Reglamento por viola el principio del plazo razonable de los procesos de consulta.
6. Otros supuestos de restricción de casos de consulta (art. 27.6).
7. Quince Disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley de consulta pues establece que no se consultan las obras públicas²⁴⁴.

En consecuencia, vamos a precisar cuáles son esas limitaciones sustanciales y procedimentales para el ejercicio del derecho a la consulta que plantea la propia regulación:

1. Limitación de la consulta a nivel subnacional, es decir, cuando las autoridades locales o regionales, llámese municipalidades y gobiernos regionales, en el campo de sus competencias, deban hacer consultas a los pueblos indígenas de sus jurisdicciones, deberán solicitar un informe previo favorable del Viceministerio

²⁴⁴ Para más precisión, Javier La Rosa y Juan Carlos Ruiz, “Derecho a la consulta previa en el Perú: A modo de balance del primer año de Humala”. En Justicia Viva, Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866>

de Interculturalidad. Esto vulnera el principio de autonomía y competencias de estos gobiernos en los ámbitos de su jurisdicción, además que esta disposición que faculta al Viceministerio de Interculturalidad en convertirse en un filtro es creada por Decreto Supremo. Esta disposición tiene como intención impedir propuestas como fue el caso de Conga, donde el Gobierno de Cajamarca quiso llevar a cabo un proceso de consulta para dicho proyecto minero. En consecuencia, este “rol de rectoría” del Viceministerio de Interculturalidad ya ha comenzado a ejercerlo y en algunos proyectos como la Línea de Transmisión de Yurimaguas Iquitos ha señalado que no era necesaria la consulta previa bajo lo mencionado en este reglamento:

“2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida”.

2. La limitación de organizaciones representativas en el proceso de consulta también ha sido un elemento de restricción de este derecho. Las organizaciones indígenas campesinas y nativas, tienen distintos niveles de organización, a nivel comunal, federación de comunidades, organizaciones regionales de federaciones y de carácter nacional. Estas organizaciones que son asociaciones sin fines de lucro, coordinan y tienen un nivel de representatividad en esos niveles de organización, por lo que ha impedido en muchos de estos casos de consulta en hidrocarburos, ciertas restricciones de representación y coordinación de posiciones entre las mismas comunidades. Esta restricción llega a ser un despropósito cuando el reglamento señala que para Decretos Legislativos, normas generales con rango de ley, deberá consultárseles a los pueblos indígenas afectados geográficamente por dicha medida, cuando esta posible afectación podría ser de carácter nacional:

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

“Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.1 Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

27.2 Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.

27.3 El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida”.

“27.6 (...) La consulta de los proyectos de Decretos Legislativos (...) Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida”.

3. Una de las mayores limitaciones para la consulta previa sea operativa ha sido la restricción del plazo, en función a que no sea un impedimento temporal del proceso de inversión, del proyecto que se pone a consulta, tal como ha sucedido en el proceso de evaluación ambiental de dichos proyectos. Durante la evaluación ambiental, la aprobación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental de la inversión, se produce un procedimiento paralelo de participación ciudadana, en el cual muchas veces, por la falta de información, se detiene el procedimiento administrativo y por tanto la inversión. Entonces, al colocar un plazo de consulta de 120 días, como un plazo máximo que no por ningún motivo es prorrogable. Esta instrumentalización del procedimiento de la consulta previa limita el dialogo político entre estos pueblos y el Estado, lo que limita más su efectividad como instrumento político y solucionador de conflictos:

“Artículo 24°.- Plazo máximo del proceso de consulta El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta”.

4. Finalmente, la mayor restricción a la consulta previa recae en la cláusula de excepción de la consulta para proyectos de servicios públicos. Esto es bajo la lógica de que cualquier medida que tenga un impacto positivo en estos pueblos, es por economicidad política, no es necesaria de ser consultada, sin embargo, esto no se condice con lo que señalado en el Convenio 169 de la OIT, que señala que cualquier medida administrativa que pueda afectar a estos pueblos directamente, sin mencionar o diferenciar el carácter positivo o negativo de dicha medida. Ya el Estado Peruano a través del Viceministerio de Interculturalidad ha dado opiniones de exclusión de la aplicación de la consulta previa a medidas

administrativas, específicamente proyecto de conectividad física ya que ello beneficiaría a dichas comunidades. En el caso de la línea de transmisión Yurimaguas Iquitos, esto no es tan cierto porque la electricidad que se generaría con el proyecto no llegaría a la zona que cruza esa futura transmisión, muy por el contrario, dependiendo de su impacto ambiental, podría generar desbosque y afectaciones al derecho de propiedad de las comunidades nativas asentadas en dicha zona. Lo mismo sucedió con el proyecto de hidro vías Ucayali Marañón. En consecuencia, es necesario contar con criterios claros, cuando estas medidas deberían ser excluidas para evitar conflictos socioambientales futuros:

“Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento”.

4.2.3. OPORTUNIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

4.2.3.1. ANTECEDENTES DEL MOMENTO DE LA CONSULTA PREVIA

La legislación peruana ha regulado someramente este derecho en el año 2005 con la Ley General del Ambiente, adaptando ciertos principios del Convenio N° 169 de la OIT y del Convenio de Diversidad Biológica, ratificado por el Perú en 1992. La Ley General del Ambiente, última norma aprobada en temas ambientales y de conservación de la biodiversidad, no es la norma "per se" que debería introducir ciertas pautas del Convenio N° 169 en la legislación nacional; sin embargo, señala expresamente en su art. 72° la necesidad de realizar una consulta previa a las comunidades campesinas y nativas en el caso del aprovechamiento de los recursos naturales, declaración que debería bastar para obligar a los sectores del Estado a cumplir con lo señalado por dicho artículo, pero que hasta el momento no se cumple porque no ha habido un desarrollado posterior de dicha ley.

“Art. 72°.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas

Inciso 1.- Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.

Inciso 2.- En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se

orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

Inciso 3.- De conformidad con la ley, los pueblos indígenas y las comunidades nativas y campesinas, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos”.

La ley establece, así, limitaciones al aprovechamiento de los recursos naturales por parte de terceros cuando se encuentran en tierras de comunidades campesinas y nativas, precisando que:

1. Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas adoptaran las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica y a sus valores tradicionales. Lo que quiere decir que las actividades de las empresas de hidrocarburos deben incorporar estándares socio culturales en los estudios de impacto ambiental, los mismos que deben ser supervisados por la autoridad sectorial competente (Sector Energía y Minas), sin que se señale, sin embargo, la necesidad de realizar una consulta previa.
2. En el caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, los procedimientos de consulta se orientarán preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de preservar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente. Se confirma así el carácter vinculante del establecimiento de medidas compensatorias e indemnizatorias por el uso de las tierras indígenas o por causar un daño ambiental y sociocultural, medidas que son generalmente de tipo económico.
3. El derecho de los pueblos indígenas a participar justa y equitativamente de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos realizados por terceros.

En consecuencia, pese que la Ley General del Ambiente no es la norma pertinente para desarrollar los derechos reconocidos por el Convenio 169, ha

recogido el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; la consulta con motivo del otorgamiento de un derecho sobre los recursos naturales presentes en sus tierras, con la finalidad de establecer acuerdos de protección de su identidad cultural y medidas compensatorias por las limitaciones al uso del recurso natural; y el posible beneficio económico de las comunidades por el uso de los recursos naturales que realizan terceros en sus tierras.

No obstante todo ello, esta ley señala dos limitaciones para la realización de la consulta: la primera, no define el momento oportuno en que se realizará la consulta dentro del proceso de otorgamiento de derechos para realizar la actividad extractiva; y la segunda, señala que los procedimientos de consulta se “orientan preferentemente a establecer acuerdos” entre los pueblos y las empresas para resguardar los derechos de estos pueblos, y señalar beneficios y medidas compensatorias, restringiendo el procedimiento de consulta a estos fines y no a llegar a conocer el consentimiento o la voluntad de estos pueblos, tal y como señala el Convenio 169 de manera mucho más amplia.

Dicha ley, como hemos señalado, no ha sido desafortunadamente desarrollada hasta la fecha por lo que el art. 72 carece de aplicación práctica, sin que desde el Estado ninguna autoridad haya comenzado a implementar esta norma. Ni el CONAM, INRENA, y tampoco el Ministerio de Cultura ahora, iniciaron un proceso de discusión sobre el alcance de los derechos de estas comunidades, debido, sin duda, a la abierta contradicción existente entre el derecho a la consulta y la legislación hidrocarburífera peruana. Y es que la reglamentación del art. 72° llevaría necesariamente a tomar en cuenta la voluntad de los pueblos indígenas, limitando, por lo tanto, el poder estatal de disposición de los recursos naturales y su venta u otorgamiento del derecho a explotarlos a terceros.

La participación ciudadana y por ende, la participación indígena está regulada por el Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales (Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM-DM de 2004), así como Decreto Supremo 012-2008-MINEM, normas que instrumentalizan y limitan, por otra parte, el alcance de los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio 169, ya que, como tendremos ocasión de demostrar posteriormente, en la práctica las autoridades y las empresas extractivas lo único que hacen son talleres simplemente informativos

y audiencias públicas una vez otorgados los derechos, es decir, después de la suscripción de los contratos de exploración o explotación.

En efecto, la legislación nacional en materia de hidrocarburos ha regulado de manera muy general la participación ciudadana en estas actividades en dos momentos: el primero, en los talleres informativos realizados por el Perupetro S.A. o el Ministerio de Energía y Minas para presentar a la empresa titular de un lote a la población local en el área que trabajará; el segundo, en las audiencias públicas, momento de la presentación a los pueblos y comunidades del estudio de impacto ambiental (EIA) que será aprobado posteriormente por el Ministerio de Energía y Minas. Dicho EIA permitirá a la empresa titular del derecho a realizar actividades de exploración o explotación de hidrocarburos en el lote asignado. En ambos casos, talleres y audiencia, estos espacios se abren a las comunidades después de que se haya otorgado el derecho a la empresa operadora del lote.

En el Perú, para permitir la actividad exploratoria o de explotación (producción) es necesario que las empresas presenten EIA que serán aprobados por el Ministerio de Energía y Minas, y es precisamente en esos momentos, muchas veces, cuando dicho ministerio y la empresa informan a las comunidades de las actividades que se realizarán en sus territorios, sin que se considere en ningún momento el recoger la decisión o la voluntad de esos pueblos con respecto al derecho otorgado o el permiso para realizar la actividad. De esa forma, la norma reduce la participación indígena y el derecho a la consulta convirtiéndolo en un simple derecho a ser informado de las decisiones estatales, y donde las discusiones, vetos y aportes brindados por los pueblos indígenas son tomados discrecionalmente por la autoridad estatal²⁴⁵, sin considerar, por otra parte, ni siquiera los alcances señalados en el art. 72° de la Ley General del Ambiente y de las disposiciones del Convenio 169.

En ese sentido, el derecho de consulta de los pueblos indígenas, de acuerdo con el Reglamento de participación ciudadana del sector de energía y minas, puede ser examinado bajo dos ángulos: cómo se efectúa el otorgamiento de derechos o permisos para realizar actividades extractivas, y cómo se realiza la consulta antes, durante y después para aprobar los estudios de impacto ambiental.

Una primera constatación es que las comunidades nativas no participan en el diseño, administración, discusión, promoción, o negociación de la actividad

²⁴⁵ Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales, Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM-DM.

hidrocarburífera mediante la consulta previa, libre e informada, con lo que se estaría vulnerando abiertamente el art. 7 del Convenio 169, que señala que la consulta debería permitir “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, este artículo dispone que estos “pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Una segunda constatación es que las audiencias de presentación de los EIA, no deberían ser entendidas como el proceso de consulta que señala el Convenio 169. Las consultas a las poblaciones locales y pueblos indígenas deben ser **antes** de estas audiencias, y en donde se deberían de incluir la solicitud de permiso de las empresas para ingresar en las tierras de las comunidades, hecho que no sucede de esa manera; ya que ni siquiera las autoridades estatales sectoriales verifican si se cumple o no la solicitud de petición del permiso por parte de las empresas extractivas.

Sumados a estas fallas, podemos encontrar otras fallas legales o inconsistencias entre lo que señala el Convenio N° 169 sobre consulta previa libre e informada, reconocimiento del derecho de propiedad y acceso a los recursos naturales de los pueblos indígenas y lo previsto en la legislación peruana:

1. Falta de reconocimiento del derecho de “territorialidad indígena”, que implica más allá de un derecho de propiedad de las tierras, dar preferencia y derecho excluyente de acceso a los recursos naturales a estos pueblos indígenas. No se aplica el derecho a la administración de los recursos naturales de los pueblos indígenas como una facultad de decisión y participación en la gestión de los recursos naturales del suelo y subsuelo, reduciéndolo en la práctica a mecanismos legales de carácter informativo sin poder de decisión;
2. Falta de adecuación de la legislación de hidrocarburos a lo establecido en las disposiciones del Convenio 169 y en el art. 72 de la Ley General del Ambiente – en todo en lo que favorezca- con respecto al derecho de la consulta de los pueblos indígenas;
3. Necesidad de instrumentalizar como procedimiento especial el derecho de consulta libre, previa e informada para que los pueblos indígenas den su consentimiento a las actividades extractivas dentro de sus tierras-territorios, más

allá de las audiencias de presentación de estudios de impacto ambiental o talleres informativos en los cuales se ejerza plenamente este derecho;

4. Falta de una institucionalidad estatal que tutele el derecho a la consulta dentro del proceso de otorgamiento del derecho hidrocarburos, especialmente en la realización de las actividades de exploración y explotación de estos recursos naturales;
5. No existen mecanismos de prevención, protección y sanción para ingresos no autorizados por el Estado en tierras-territorios de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, vulnerando sus derechos a la vida, salud, etc. En el caso de la legislación de hidrocarburos, en la etapa de exploración, se hace necesario el trabajo de equipos de personas en el campo de operaciones, lo que no está prohibido en las reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y sobre cuyas consecuencias estos pueblos no tienen derecho a la consulta, por cuanto prevalece el interés del Estado en la promoción de las inversiones energéticas.

Así pues, es evidente que no se puede resumir el derecho a participar de los pueblos indígenas a través de la asistencia a los talleres informativos que el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A. y las propias empresas realizan para presentar el trabajo de esta empresa, o con motivo de la presentación de los Estudios de Impacto Ambiental para aprobar las actividades de exploración o explotación de gas o petróleo. Según el espíritu del Convenio N° 169 de la OIT, esas reuniones no pueden ser consideradas como consultas porque en ningún momento hay una oportunidad en el procedimiento de realizar una consulta previa al otorgamiento del lote, de que ésta sea debidamente informada en el idioma de los pueblos indígenas, con un lenguaje accesible y sencillo para estos pueblos y libre, sin ningún tipo de coacción o presión social, es decir, con una opción a decidir y a manifestar una voluntad expresa de estas comunidades a favor o en contra de la actividad hidrocarburífera, aceptándola o rechazándola.

4.2.3.2. OPORTUNIDAD DE LA CONSULTA EN EL SECTOR EXTRACTIVO

En cierto sentido, uno de los elementos positivos de la Ley 29785 es que expresamente incluya la consulta previa para instrumentos de planificación de acuerdo a su artículo 2, citado previamente. Eso quiere decir que en la gestión de los

recursos naturales, la consulta previa se debe desarrollar a nivel de la toma de decisiones, así como en la implementación de las decisiones. No obstante, si bien es cierto que en la etapa de implementación aún no hay certeza final el momento de la consulta previa, tampoco lo hay en el planeamiento; aunque existen instrumentos políticos que permitirían desarrollar la consulta previa como es la Evaluación Ambiental Estratégica EAE, políticas sectoriales, pero especialmente el plan del ordenamiento territorial a nivel de provincias, lo que posibilita reducir los conflictos socioambientales, pero también la legitimidad de las decisiones y de posibles acuerdos que involucren a los pueblos indígenas.

En el caso de la implementación de las decisiones en la gestión de los recursos naturales, el reglamento de la ley de consulta es ambiguo por no aclarar cuando se debería realizar la consulta frente a proyectos extractivos. El artículo 3°, literal i), define las medidas administrativas del primer supuesto y señala que estas son 1a) las normas reglamentarias de alcance general, 1b) el acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto y 1c) el acto administrativo que autorice a la Administración la suscripción de contratos en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

“Artículo 3. Definiciones

(...).

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

Es más, no se desarrolla los supuestos de consulta para planes y programa de desarrollo de alcance nacional, regional y local, una ausencia que indica la reducida intención de introducir la consulta previa en los proceso de planificación de la gestión pública. El reglamento se pone en el supuesto de dos actividades extractivas específicas y complicadas en la gestión pública del Perú: los contratos de licencia para explorar y explotar hidrocarburos y las concesiones mineras. No obstante su regulación sectorial es diferente, tanto como las del sector eléctrico o de infraestructura, por lo que el reglamento no es claro en tratar de regular todos estos supuestos, al menos, los casos de aprovechamiento de recursos naturales:

“Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo

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

El Reglamento no es claro respecto de cuándo debe realizarse la consulta cuando se trata de medidas administrativas que aprueban el aprovechamiento de los recursos naturales. De acuerdo a los arts. 3, i) y 6 del reglamento, se interpretaría que la consulta se desarrollaría antes del otorgamiento de derecho en el caso de hidrocarburos, y para el caso de concesiones, no se tiene claridad si es durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental o después de la misma.

Para el caso de hidrocarburos, la empresa Perupetro S.A. es la entidad que está facultada a negociar los lotes hidrocarburíferos con terceros o empresas interesadas, siendo la que ha realizada más de 10 casos de consulta previa en los últimos 5 años, antes de la suscripción de los contratos, sin embargo, pese que ello ha sido regulado por la RM 350-2012-MEMDM de 20 de julio de 2012, confirmando este momento de la consulta, precisa que la consulta se realizará por Perupetro “antes de emitir el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración explotación de lotes petroleros y gasíferos”; sin embargo, durante el proceso de elaboración del EIA, no se ha avanzado en ningún momento.

En electricidad, ya se ha está desarrollando el primer caso en el 2017, los procesos de consulta antes de otorgar las concesiones o autorizaciones. Al igual que por las actividades hidrocarburíferas, sólo se menciona el plazo máximo -es cierto que la consulta debe realizarse antes del otorgamiento de las concesiones/autorizaciones., pero la resolución ministerial no contiene las precisiones necesarias para articular las consultas con el otorgamiento de derechos previos y los procesos de evaluación de los EIAs.

En el caso de las concesiones mineras, éstas son otorgadas a través del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico-INGEMMET y después de ello se realiza el Estudio de Impacto Ambiental. De acuerdo con el Reglamento de consulta, se entendería que la última medida administrativa que autoriza el aprovechamiento del recurso sería el procedimiento de autorización de operaciones que realiza la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, medida que es posterior a la aprobación del EIA, consultas que se realizan de acuerdo a esta situación y el TUPA (Resolución Ministerial N°003-2013-MEM/DM, publicada en

Diario Oficial El Peruano del 13 de enero del 2013). Esta consulta no tendría efectos jurídicos inmediatos en función a que no podría dialogarse y ponerse de acuerdo a lo señalado en el art. 15 del Convenio 169 y del propio art. 6 del reglamento de la ley de consulta:

“Artículo 15

(...).

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”.

Queda claro que el instrumento más idóneo para reunir toda esta información es el Estudio de Impacto Ambiental EIA para poder cumplir con lo señalado en el art. 15, sin embargo, dada la falta claridad del Reglamento de consulta, los sectores tienen la discrecionalidad para definir el momento exacto a realizar la consulta, de acuerdo a su marco sectorial para, más que ejercer ese derecho por parte de los indígenas, viabilizar la inversión y restringir los posibles efectos de este derecho lo más posible, e impedir cualquier variación de la decisión estatal de otorgar un derecho. La regulación debe señalar claramente, a la luz del Convenio y la ley, que los dos momentos en que se debe realizar la consulta, es antes del otorgamiento del derecho y durante la elaboración del EIA, mínimamente.

La consulta previa es parte de un proceso de integral de definición de aprovechamiento de los recursos naturales. En ese sentido, la consulta debe estar también enfocada a la etapa de planeamiento de la gestión de los recursos, de la gestión pública en general, por lo que la definición del uso territorial, es en el momento idóneo en que debe insertarse la consulta previa. Hasta el momento, el Estado Peruano no ha expresado una voluntad política para promover estos procesos, cumplimiento lo que señala la propia Ley de Consulta en su art.2, más bien, los ha venido limitando legalmente.

4.2.4. CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR EXTRACTIVO

Como toda regulación de derechos, este es un campo de permanente tensión, donde su naturaleza podría ser alterada por su diseño legal, sin embargo, su actual definición y características legales, especialmente en su aplicación al sector extractivo, señalan lo siguiente:

1. El marco legal aclara que el que lidera y conduce la consulta previa es el Estado y sus niveles de gobierno, y no es posible delegar el cumplimiento al sector privado.
2. Se aclara las confusiones entre consulta previa, acuerdo previo y consulta previa puesto que tienen naturaleza jurídica, finalidad, y actores que participan en estos procedimientos.
3. La tensión y demanda de diversos actores por ampliar la aplicación de la consulta previa como a cualquier ciudadano, especialmente los que son parte de población local.
4. El alto costo de llevar a cabo los procedimientos de consulta obliga a evaluar su pertinencia en tiempos y procesos políticos y técnicos. El proceso de consulta de la Ley Forestal y el Reglamento costaron aproximadamente como 5 millones de soles, lo que es importante evaluar dichos procesos y sus avances.

Asimismo, es importante tomar en cuenta como instrumentos referenciales aplicados a los casos de consulta si han sido efectivos o útiles en función al desarrollo propio de cada consulta sectorial, pues no son vinculantes y dependen de cada sector y cada experiencia, su aplicación:

CUADRO 31 INSTRUMENTOS DE CONSULTA PREVIA

Instrumento	Estado	Norma / Publicación
Base de Datos	Directiva aprobada Instrumento elaborado, pendiente de publicación	
Guía Metodológica	Publicada	Portal web Ministerio de Cultura Fecha: 2 de abril
Registro de Intérpretes	Creado y en implementación	Resolución Viceministerial N° 001- 2012-VMI-MC (agosto 2012) Directiva N° 006-2012/MC (Octubre 2012)

Registro de Facilitadores	Creado y en implementación	Resolución Viceministerial N° 001-2012-VMI-MC (agosto 2012)
Registro de resultado procesos de consulta	Creado y listo para implementación	Resolución Viceministerial N° 001-2012-VMI-MC (agosto 2012)

Fuente: Ministerio de Cultura, 2013.

4.2.4.1. CONTEXTO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR EXTRACTIVO

Lo que debemos apreciar también es que la consulta debe estar integrada a los procesos de planificación estatal previa a la toma de decisiones, especialmente cuando involucren el aprovechamiento de recursos naturales. Este es un paso más a un modelo de democracia participativa que permita la gobernanza en nuestro país, la legitimidad para un sostenible uso de nuestros recursos estratégicos.

Asimismo, un elemento importante en este proceso será reglamentar el procedimiento de la consulta previa para tres situaciones: procesos de consulta antes de aprobarse una medida legislativa a nivel local, regional y nacional; procedimientos antes de una medida administrativa; y en el caso de proyectos de inversión económica, debemos señalar que idealmente deben desarrollarse procedimientos de consulta antes del otorgamiento de un derecho (por ejemplo, la concesión) y durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental, de acuerdo a la aplicación del art. 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT. En el siguiente cuadro, podemos el desarrollo de un proceso de consulta para actividades extractivas (mineros energéticos):

CUADRO 32 REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA

Principios orientadores del procedimiento	Principios orientadores del procedimiento
Condición sine qua non y previa para el desarrollo del procedimiento de consulta	Registro de pueblos indígenas elaborado por Ministerio de Cultura Viceministerio de Interculturalidad.
Primera etapa de preparación del proceso de consulta	Identificación de la medida legislativa o administrativa.
	Identificación de los pueblos indígenas u originarios.
	Publicidad de la medida legislativa o administrativa (apropiada culturalmente).
	Información sobre la medida legislativa o administrativa (motivos, implicancias, impactos y consecuencias).
Segunda etapa de evaluación interna y definición de la autodeterminación	Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente (plazo razonable).
Tercera etapa de dialogo	Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
Etapas final de la toma de decisión (acuerdo o no acuerdo)	Decisión (tomando en cuenta la posibles afectación de derechos en caso no exista acuerdo con los pueblos indígenas).

Fuente: elaboración propia; Ley 29785 y Decreto Supremo 001-2012-MC

Un importante aporte de la ley que permitirá la implementación de la consulta a los pueblos indígenas e identificar rápidamente la viabilidad de diversos proyectos de infraestructura y gestión de recursos naturales, es la consulta a nivel de la etapa de planificación de las decisiones políticas a través de planes y programas sectoriales. Ello mejorará la toma de decisiones, así como generaría un modelo de desarrollo integrado y un posible balance integral de beneficios y costos en todos los sectores. En el cuadro anterior, todas estas etapas deberían desarrollarse en la etapa de la planificación estatal de la gestión pública y en el caso de los proyectos de inversión, durante la elaboración de los EIAs. Así, el reglamento de la ley de consulta se convierte en una oportunidad perdida, una vez más, al no regular los procesos de consulta para planes y programas de desarrollo regional, lo cual permite quitarle peso político de encima, al otorgamiento del derecho, pues las consultas tendrían plenamente su cualidad de previa al momento de definir, tomar decisiones estatales, sobre los recursos naturales y su aprovechamiento espacial, mucho antes que la propia concesión o la elaboración del EIA.

Por otro lado, poco a poco se ha ido accediendo a información o tornándose transparente los primeros intentos por implementar el derecho a la consulta previa en la gestión de los recursos naturales. Se aplicó para la reglamentación de la ley forestal y para diversos casos de hidrocarburos. En el caso de hidrocarburos, durante los años 2012 a 2014, el presidente de Perupetro, Aurelio Ochoa, mencionó que dicha institución ya estaba aplicando la ley de consulta, aunque no precisó cómo estaban aplicando el reglamento de la ley, la referencia implicaba que la consulta previa se confundía con los talleres de participación ciudadana. Y aún con instrumentos complementarios como la Base de Datos sobre Pueblos Indígenas o la Guía Metodológica sobre la Consulta, no hay una homogeneidad sectorial en la implementación de los procesos de consultas, generando más dudas que certezas²⁴⁶.

Esta falta de homogeneidad y claridad en el diseño de las consultas en el proceso de inversiones y gestión de los recursos naturales se debe a que la autoridad en consulta previa son los consultores, este procedimiento corre la misma suerte que la evaluación ambiental de las inversiones, que hasta hace poco, era sectorial y con la aparición del SENACE, se ha convertido en un modelo mixto concentrado-sectorial;

la consulta previa es un procedimiento que depende enteramente de los sectores, especialmente cuando se otorgan derechos de aprovechamiento de los recursos naturales en tierras de comunidades nativas y campesinas. Como se ha mencionado, los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial no es aplicable la consulta previa, porque es menester una protección tan alta como la intangibilidad de sus tierras y respetar su derecho al no contacto²⁴⁷, por lo que no cabe opinión previa vinculante del Viceministerio de Interculturalidad (Novena Disposición Final Complementaria y Transitoria del Reglamento) para autorizar o no la realización de consultas para estos pueblos:

“Novena.- Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial Modifíquese el artículo 35° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:

“Artículo 35°.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial”.

Un primer ejemplo de la falta de homogeneidad de la realización de la consulta entre los sectores lo muestra el sector energético minero. Mientras que durante estos años se han desarrollado consultas en el sector de hidrocarburos antes del otorgamiento del derecho mientras que en minería y electricidad recién se cuentan con una sola experiencia de consulta previa.

La consulta previa en el Perú tiene oportunidades, riesgos y posibles soluciones para una coherente implementación. Un reto es que el Congreso de la República apruebe el Proyecto de Ley 1183/2011-CR de Consulta Previa de Medidas Legislativas actualizado poco después, sigue siendo rechazado por el Congreso para coordinar su rol legislador.

Un riesgo permanente que no se soluciona con la ley y reglamento de consulta es la instrumentalización de este derecho en procedimientos administrativos que no solucionen la ilegitimidad de las inversiones en tierras indígenas,

²⁴⁶ Cesar Gamboa, “Balance sobre la Consulta y los indígenas aislados”, Diario La Primera, 11 de julio de 2012. Ver http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/balance-sobre-la-consulta-y-los-indigenas-aislados_115220.html

²⁴⁷ ACNUDH, AECID. *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay*. Mayo del 2012. Ginebra, CNUDH- AECID, 2012.

especialmente en los Andes y la Amazonia Peruana. Este reglamento no incluye claramente si la consulta antes de las concesiones o contratos de licencia, pues ha quedado a merced de los sectores definirlo, los casos de consentimiento, claridad en afectación de derechos, participación en los planes de consulta, etc., estamos claramente ante una instrumentalización y poco discutiremos del modelo de desarrollo y menos obtendremos la legitimidad de las decisiones de Estado, que serán orígenes de muchos conflictos. Dadas las graves falencias del reglamento la mejor opción hubiera sido quedarnos con el reglamento minero energético de consulta (2011)²⁴⁸. Además, la negligencia, acusaciones de mala fe, desconfianza, poca autocrítica, sobre todo la falta de claridad política, no coadyuvarán a lograr cambios permanentes que aseguren una mejor gestión sobre los recursos naturales.

Ciertamente, la consulta previa es un procedimiento jurídico y también un dialogo político. La primera es una modificación en el reglamento de la ley de consulta, mínimamente acompañada por el diseño e implementación de la consulta pre legislativa. Y una salida política, un nuevo acuerdo entre Estado y organizaciones indígenas para llevar a cabo reformas estructurales en diversos campos, que van más allá de la consulta previa, institucionalidad indígena, seguridad jurídica de las tierras, manejo forestal comunitario, es decir, que se construyan políticas públicas de manera permanente entre Estado y pueblos indígenas, pues recordemos la efectividad del espacio de dialogo que formó el gobierno del presidente de Valentín Paniagua el 2001 y su Plan de Acciones Prioritarias para Comunidades Nativas.

4.2.4.2. CONSULTA PREVIA EN LOS SECTORES EXTRACTIVOS

La relevancia del derecho a la consulta previa libre e informada o su resistencia de implementación se ha encontrado en el sector extractivo. Por diferentes razones, que se agolpan a que podría permitir un cuestionamiento de la decisión pública de permitir actividades extractivas y evitar el supuestamente tan ansiado desarrollo. Muy por el contrario, a nivel internacional, ha habido un avance de reconocimiento de este derecho, al menos, desde el discurso político y estándares voluntarios, tenemos a los Performance Standards de la Corporación Financiera Internacional IFC, donde se acepta la consulta de los pueblos indígenas como

²⁴⁸ Cesar Gamboa, “Desconfianza: Consulta e institucionalidad indígena”, Diario La Primera, 13 de marzo de 2012. Ver http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/desconfianza-consulta-e-institucionalidad-indigena_107175.html

estándar para sus operaciones, aunque sin verificación oportuna; las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH donde se ha expresado la necesidad de los Estados a contar con el consentimiento de los pueblos indígenas para la viabilidad de los megaproyectos; la solicitud de la OIT que se suspenda la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas en tanto no se cumpla con el proceso de consulta; y finalmente los reconocimientos un poco ambiguos del TCP, señalando la obligatoriedad de la consulta.

La consulta previa se integra en el modelo de otorgamiento de derechos de las actividades extractivas donde la relación con dicha actividad y los derechos de las personas pasa por el Acuerdo Previo, la participación ciudadana en materia ambiental y la consulta previa de los pueblos indígenas. Existen retos en cada uno de ellos como es la compensación por el uso de la tierra y la negociación entre comunidades y empresas sin presencia del Estado; la mejora de la participación ciudadana en el diseño e implementación de sistemas de monitoreo ambiental y social comunitario participativo y coordinados con la autoridad de fiscalización ambiental.

Entonces, lo mínimo es que debemos distinguir entre el Acuerdo Previo que nace de la Ley de Tierras; la participación ciudadana en materia ambiental para mejorar la gestión ambiental de las inversiones y el derecho a la consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas, como se indica en el siguiente cuadro:

Cuadro 33 Comparación entre Acuerdo Previo, Participación Ambiental y Consulta Previa

Conceptos	Acuerdo Previo	Participación Ambiental	Consulta Previa
Naturaleza Jurídica	Relación Jurídico Privada Patrimonial	Relación Jurídico Pública	Relación Jurídico Pública
Finalidad	Compensación por el uso de la propiedad del suelo	Mejorar los instrumentos gestión ambiental	Acuerdo o el consentimiento de los pueblos
Actores que participan	Concesionario – Propietario del suelo	Estado – ciudadanos	Estado - Pueblos indígenas
Momento a desarrollar	Antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental EIA	Antes del otorgamiento del derecho; durante EIA y durante el desarrollo del proyecto.	Antes del otorgamiento del derecho / Después de aprobación EIA.

Fuente: elaboración propia

La consulta previa tuvo dos fases, la primera entre la vigencia del Convenio 169 de la OIT hasta la vigencia de la Ley de Consulta 29785, y la segunda fase con la vigencia de la Ley 29785. Una experiencia exitosa y rica de experiencias fue en el caso de la regulación forestal, tanto la ley como el reglamento pasaron por un

proceso de consulta previa. La Ley Forestal y de Fauna Silvestre pasó por proceso de consulta ad hoc con apoyo del Servicio Forestal Americano (llevado a cabo enero-mayo 2011), así como su reglamento.

Entre estas dos fases, se aprobó el Reglamento de Consulta para actividades minero energéticas (vigente solo el 2011 y por algunos meses), un reglamento que reconocía claramente que la consulta previa debía realizarse antes del otorgamiento de derechos en el sector minero energéticos.

En estos últimos años, hasta el 2016, se han desarrollado 34 procesos de consulta, la mayoría de ellos en el sector hidrocarburos. Estos procesos no han estado exentos de críticas, es más de intentos por el sector privado por derogar la legislación sobre consulta previa:

“La ley de la Consulta Previa es una estupidez, no la necesitamos. Solo son más trabas a la inversión minera, (...) “A esos estudios deben llamárseles socioambientales y si se hacen esas consultas” (Carlos del Solar Presidente de SNMPE)²⁴⁹.

Aún quedan pendientes procesos de consulta sobre infraestructura como carreteras o proyectos iniciados antes de la aprobación de la norma de consulta Previa (2011). Tal como se ha señalado, una de las limitaciones de aplicación de la consulta son los proyectos considerados como servicios públicos. Estos casos son:

Cuadro 34 Proceso de consulta previa en sectores

Área	Medida Consultada	Cantidad
Procesos de Consultas a nivel nacional	Reglamento Ley Forestal, Ley de Lenguas Indígenas, Política Salud Intercultural, Plan Nacional de Salud Intercultural.	4
Hidrocarburos	Lote 181, 169, 195, 164, 189, 175, 190, 191, 157, 165, 192, 198, 197	13
ANP	PN Sierra Divisor, ACR Maijuna, ACR 3 Cañones, ACR Imiria, PN Yaguas	5
Minería	Exploración: Aurora, Misha, Torpunto, Corcapunta, Apumayo, La Merced, Puquipata, Guadalupe, Anamá. Explotación: Apumayo	10
Infraestructura	Hidrovía Amazónica	1
Hidroeléctrica	Río Araza	1
	Total de Procesos de Consulta	34

Fuente: Viceministerio de Interculturalidad²⁵⁰

²⁴⁹ En: “Ley de Consulta Previa es una estupidez”, dice Carlos del Solar, ex titular SNMPE”, *Diario La República*, Lima, 03 de febrero de 2016.

²⁵⁰ En: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>

Existen muchos casos relevantes y lecciones aprendidas de estos procedimientos. Es importante sistematizar y analizar los casos del Lote 192 y el caso de hidrovías Ucayali y Marañón; así como los casos ad hoc para la regulación forestal, donde se han reconocido diversos derechos indígenas. Dentro de esta experiencia de más de una treintena de casos, se han producido limitantes en el Perú:

1. No se contemplan todas las medidas administrativas y en todos los sectores, tal como sucede en transportes y comunicaciones (Reg. art. 3,literal i);
2. Todavía no se ha reglamentado la consulta de las leyes o medidas legislativas;
3. Cada sector o entidad pública determina la medida y evalúa la afectación, lo que puede producir una serie de incoherencias en su aplicación, como ocurre en el sector hidrocarburos y minería actualmente;
4. No se contempla la posibilidad de llevar a cabo varias consultas en varias etapas del mismo proceso de inversiones extractivas; así en hidrocarburos sólo ocurre antes de suscribir en el contrato licencia para explorar y explotar hidrocarburos; en transportes, antes de aprobar el estudio de factibilidad; en electricidad, antes de la concesiones definitiva; y en minería después de aprobado el EIA.

En el sector energético, se aprobó la Resolución Ministerial 350-2012-MEMDM de 20 de julio de 2012 -no publicada y no incorporada al anexo del TUPA 2013, sino años después-, precisa que la consulta se realizará por Perupetro “antes de emitir el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración explotación de lotes petroleros y gasíferos”. Esto mismo rige para el caso de electricidad, procesos de consulta antes de otorgar las concesiones o autorizaciones. Al igual que por las actividades hidrocarburíferas, sólo se menciona el plazo máximo -es cierto que la consulta debe realizarse antes del otorgamiento de las concesiones/autorizaciones-, pero la resolución ministerial no contiene las precisiones necesarias para articular las consultas con el otorgamiento de derechos previos y los procesos de evaluación de los EIAs. Esta última no es mencionada y hasta ahora no es aplicada la consulta para dichos sectores.

En minería, no se han realizado muchos casos de consulta por una serie de resistencias políticas, y poca claridad jurídica. En el Texto Único de Procedimientos Administrativos TUPA de la Dirección General de Minería, modificado por la Resolución Ministerial N°003-2013-MEM/DM (anexo 1), publicada en Diario

Oficial El Peruano del 13 de enero del 2013 Anexo señala los supuestos de consulta previa en minería:

1. Otorgamiento de concesión de beneficio (plantas): el estado realizará la consulta antes de la autorización de la construcción;
2. Inicio y reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación: el estado realizará la consulta antes de la aprobación del plan de minado. Para cada uno de esos procedimientos se requiere la aprobación del instrumento de gestión ambiental pero la consulta no es anterior a la aprobación del EIA;
3. La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, como dos requisitos para dar la autorización de la operación AM01, es decir, la explotación minera, por lo que podría entenderse la realización de la consulta previa después de la aprobación del EIA.

Uno de los casos que también se percibió tensiones políticas, en función a la visión de desarrollo y conservación de biodiversidad, es el caso de la consulta previa para la creación del Área de Conservación Regional ACR Majuna. Es más, la legislación sectorial de áreas protegidas, contempla el consentimiento como requisito para la categorización o establecimiento de las áreas protegidas; es la Resolución Presidencial N° 205-2010-SERNANP, también señala que es necesario el consentimiento previo de los pueblos indígenas cuando el área del Área Natural Protegida ANP se ubique en propiedad comunal. A este caso, se suman casos emblemáticos y criticados como es el proceso de consulta del Parque Ichigkat Muja en la cordillera del Cóndor, en territorio del pueblo awajun y que no se terminó de respetar los acuerdos llevados por la consulta, especialmente la extensión del parque en la zona sur del área pro y la prohibición de actividades mineras en dicha zona. En esa misma situación de cuestionamiento, se encuentra el Parque Nacional Sierra del Divisor, aunque hay casos donde se puede reconocer experiencias más balanceadas como el Área de conservación Regional Ausangate, Urusayhua, Tres Cañones y Corredor Biológico Marcapata-Camani (Cusco); y el Área de conservación regional Bosque Nublado Amaru (Huancavelica).

De todos estos casos, podemos señalar que existen retos para la implementación de la consulta previa:

1. Consulta previa aplicada al sector hidrocarburos antes de firma de contratos como en electricidad;
2. La consulta se aplica por los sectores, el Ministerio de Cultura no es una autoridad, es soporte técnico, pese a la cierta contradicción de la Ley de Consulta (señala el rol de asesoría técnica del Viceministerio de Interculturalidad, mientras que el reglamento la denominada como Ente Rector).
3. No existen incentivos institucionales para implementar la consulta a nivel sectorial, puesto que no se han creado unidades especializados encargadas en desarrollar estos procedimientos.
4. No hay claros estándares para decidir cuándo y cómo se aplica la consulta., puesto que se ha incluido el procedimiento y las fases de la consulta, es claro que el procedimiento de la consulta previa ha sido estipulado, no obstante, no se ha señalado claramente la oportunidad de la consulta en el sector minero energético.

Después de la reglamentación de la Ley de Consulta, no fue difícil que Perupetro trasladara su conocimiento de talleres informativos antes de la suscripción de contratos de hidrocarburos, hacia el procedimiento de consulta previa, sin embargo, el contenido era sustancialmente diferente porque se debía llegar a un acuerdo de la medida administrativa, que era el decreto supremo que aprobaba firmar los contratos. Así, por ejemplo para el caso del 192, Perupetro realizó mesas de trabajo y eventos en Loreto, informando a la ciudadanía que la consulta previa para el caso de la lotización de la Amazonia se desarrollaría después de haber obtenido el resultado de la buena pro y antes de suscribir el contrato, sin embargo, las organizaciones indígenas consideraron que esta decisión vacía de contenido el derecho a la consulta, pues la decisión de aprovechar el recurso hidrocarburífero fue tomado desde mucho antes, desde que se decidió explorar o explotar esa área, otorgándole el derecho a un tercero, aún sin determinar. Ante la renuencia de las organizaciones indígenas, que en diferentes momentos explicaron su posición de condicionar la realización de la consulta a que se resuelvan los pasivos ambientales provenientes de la actual explotación del lote 1 AB (Pluspetrol) y pasada (Oxy) – ahora lote 192-, pues la presidente de Perupetro, anunció la suspensión del proceso de lotización porque el Ministerio de Cultura no había definido aún las comunidades a quien se debía consultar. Esta falta de claridad, dejada al juego político entre

Estado, empresas, y organizaciones indígenas, no sólo generaría incertidumbre de esta experiencia, sino que dejaron una estela de desaciertos y un conflicto socioambiental sin resolver, después de llevarse a cabo el proceso de consulta previa de este lote de hidrocarburos.

En todo caso, analizando sistemáticamente los casos de hidrocarburos y sus experiencias de consulta previa, desde los primeros casos hasta los últimos se llegó desde discutir solo la entrega de información y asentimiento de la actividad por parte de las comunidades nativas que participaron en este, hasta temas de fondo, como ocurrió con el lote 192, donde se discutió y se acordó la compensación ambiental y social de las comunidades afectadas por dicha operación.

CUADRO 35 CASOS DE CONSULTA PREVIA EN HIDROCARBUROS 2014

Lote	Región	Etapas	Pueblos	Organizaciones
Lote 169	Ucayali	Etapas de Decisión	Yaminahua, Amahuaca, Asháninka y Ashéninka	Asociación de Comunidades Nativas para el Desarrollo Integral de Yurúa-Sharekoia (ACONADIYSH), Consejo Asháninka del Río Huacapishtea del Distrito de Yurúa (CARDHY), Unión de Comunidades Indígenas Fronterizas del Perú (UCIFP).
Lote 195	Ucayali, Pasco y Huánuco	Etapas de Dialogo (29, 30 abril 2014)	KaKataibo y Shipibo Conibo	Organización Regional Aidesep Ucayali (ORAU), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú Ucayali (CONAP), Federación de Comunidades Nativas Shipibo de la cuenca del río Aguaytía (FECONASHCRA), Federación Nativa de Comunidades Cacataibo (FENACOCA)
Lote 164	Loreto	Etapas de Identificación de PPII	Se ha realizado el trabajo de campo para identificar los pueblos indígenas y las organizaciones representativas de los Pueblos indígenas. Se está coordinando para realizar la reunión preparatoria.	
Lote 181	Loreto y San Martín	Identificación de Pueblos Indígenas	Se ha coordinado con la entidad promotora con la finalidad de hacer trabajo de campo para identificar los pueblos indígenas y las organizaciones representativas de los Pueblos indígenas.	
Lote 189	Ucayali	Identificación de PPII	Se han realizado trabajos de campo, está participando las OOII CORPIAA y ORDECONADIP en la zona de Atalaya.	
Lote 175	Ucayali y Pasco	Identificación de PP II	Está participando la OI FECONADIP, por la zona de Puerto Inca	

Fuente: elaboración propia.

Volviendo al caso más emblemático de consulta en hidrocarburos, específicamente el lote 192, se anunció con mucha antelación el proceso de consulta y se iniciaron conversaciones con las organizaciones indígenas representativas de las cuencas de los ríos Napo, Tigre, Pastaza y Corrientes, mas no se ha indicado la forma en que se desarrollaría la consulta, en que momento específico antes de la suscripción del contrato, o cuales serían las comunidades consultadas. A estas posibles demoras, se suma el hecho que la regulación sectorial no ha sido publicada,

pues debería indicar mínimamente que la consulta previa se realiza antes de tomar la decisión de aprovechar hidrocarburos en la zona o en la situación que afecte los derechos de los pueblos indígenas, y antes de la aprobación del EIA de la actividad Hidrocarburífera. Desafortunadamente, esta norma sectorial energética (Resolución Ministerial 350-2012-MEMDM de 20 de julio de 2012) no ha sido publicada hasta el momento, y lo único que indica es que la consulta se realizaría “antes de emitir el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración explotación de lotes petroleros y gasíferos”, por Perupetro, sin especificar alguna otra garantía para el pleno ejercicio de este derecho.

4.2.4.3. CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Uno de los casos de consulta más emblemáticos en estos últimos años ha sido el caso de hidroviás, el proyecto de infraestructura en Ucayali y Marañón. En un principio este proyecto no iba a ser consultado, sin embargo, mediante una decisión judicial, la autoridad del Ministerio de Transporte y Comunicaciones inició el proceso de consulta el 2015 y finalizó con un Acta de Consulta con más de setenta acuerdos, que si se llegan a cumplir, tendría un impacto en la legislación nacional del sector.

Pasaremos a resumir dichos acuerdos por el impacto normativo y por ser un ejemplo exitoso de integración de la visión de desarrollo y el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

1. MTC se compromete a desarrollar capacidades ambientales para monitores indígenas. Para ello coordinará con el Ministerio de Cultura y con las organizaciones indígenas. El MTC tendrá el listado de los monitores indígenas capacitados.
2. El Ministerio de Cultura coordinará con la entidad estatal correspondiente para el reconocimiento declarativo del Programa de Monitoreo y Vigilancia Indígena y sus miembros acreditados por el pueblo indígena. Así como su articulación con las autoridades competentes. Desde la suscripción del contrato de concesión de la Hidrovía Amazónica.
3. El futuro concesionario respetará los acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas como resultado del proceso de consulta previa del proyecto Hidrovía

Amazónica. Asimismo, el EIA incluirá conforme a los TdR el acuerdo de suspensión de actividades de dragado en tránsito del mijano, y desove.

4. El MTC podrá dar por terminado el presente Contrato en forma anticipada en caso que el concesionario incurra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento de las obligaciones del concesionario, aquellas señaladas expresamente en el contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes: La grave alteración del ambiente, del patrimonio histórico y/o de los recursos naturales, producto del incumplimiento doloso o culposo de las especificaciones y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, declarada así por decisión firme emitida por la autoridad gubernamental competente.
5. Valoración Económica del Impacto ambiental: Se deberá efectuar una valoración económica del impacto ambiental, utilizando metodologías aplicables, dentro del ámbito del proyecto y su área de influencia. Se deberá añadir un ítem en el que se cuantificará los impactos por pérdida económica de la población indígena, ocasionados por las actividades en ejecución del proyecto. Considerar la superposición a las Zonas de Amortiguamiento de las ANP implicadas, tomando en cuenta la Guía de Valoración Económica Ambiental del MINAM.
6. La Dirección General de Transporte Acuático del MTC coordinará con las entidades competentes, entre ellas la PCM, para elaborar un Plan de Desarrollo Indígena. Las organizaciones indígenas presentes en el proceso de consulta de la Hidrovía Amazónica solicitan que para el desarrollo del plan se considere el territorio integral por pueblo indígena u originario.
7. En 30 días calendarios el MTC promoverá la conformación de un Grupo de Trabajo Multisectorial que abordará la problemática de los pueblos indígenas que ha sido presentada en el proceso de la consulta previa (actas de evaluación interna, sesión de dialogo) del proyecto de Hidrovía Amazónica. Este grupo incorporará a los representantes de los pueblos indígenas. Si en el plazo de 90 días, este grupo no presenta un plan de trabajo se promoverá la constitución de una Comisión de Trabajo Multisectorial que incorporará a los representantes de los pueblos indígenas.
8. Los pueblos indígenas solicitan que el dragado que se realice en el proyecto de Hidrovía amazónica solo tenga como profundidad máxima 1.80 metros, tal como

entendieron de la información brindada por la entidad promotora. Los pueblos indígenas indican que solicitan esta medida a fin de evitar el ingreso de embarcaciones de mayor tamaño.

En términos generales, el problema de la consulta previa podría resolverse cuando el 2017 se desarrolle el censo indígena, donde se responderá a la pregunta de quienes son indígenas en el Perú, siendo un gran paso de definición de los sujetos de derecho.

Un segundo tema es la reforma institucional de la consulta previa, el modelo actual es sectorializado, y la creación de unidades sectoriales indígenas, cuya encargatura especializada sea llevar consultas sería una opción para mejorar la relación de dialogo entre el sector proponente o nivel de gobierno con los pueblos indígenas. Esto también podría aclarar el rol técnico del Ministerio de Cultura, es necesario el fortalecimiento de la institucionalidad indígena estatal, el cual queda claro que no es un ente rector del procedimiento de consulta, teniendo solo dos facultades de incidir en el proceso; uno, el incluir a comunidades se quejen por vía de impugnación su no inclusión desde el plan de consulta; y la emisión de opinión previa favorables para consultas a nivel de gobierno subnacional o local.

A nivel sectorial, existen dos grandes retos de definición de la consulta, el primero, la elaboración de reglamentos sectoriales que regulen de manera clara la consulta previa en las inversión, especialmente cuando se deben realizar, y es más, aprovechar priorizar proyectos de inversión público o privada en cada sector.

5. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 4 “LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL Y LA LEGISLACIÓN DE EXTRACCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES SON LAS RESTRICCIONES PARA LA CREACIÓN DE RESERVAS INDÍGENAS Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA INTANGIBILIDAD DE ESTAS RESERVAS INDÍGENAS”.

5.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber consignado la información antes expuesta sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, así como la utilización del

marco conceptual sobre derechos indígenas, especialmente la subjetividad de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial se acepta la siguiente Hipótesis Específica 4:

“El régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial es inefectivo a la luz de la legislación de extracción de los recursos naturales en sus propias reservas territoriales e indígenas”.

Dicha hipótesis tiene la siguiente afirmación:

“El régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial se torna en ineficaz frente a la superposición de actividades extractivas en los territorios de estos pueblos”.

Esa conduce a su vez a la siguiente predicción:

“Solo si se perfecciona este régimen, será posible considerar mecanismos jurídicos efectivos de protección a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, especialmente para la protección de sus territorios”.

Para llegar a esta predicción se consideran las siguientes variables:

1. Mecanismos de protección de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial
2. Creación de reservas territoriales e indígenas
3. Intangibilidad de las reservas territoriales e indígenas
4. Mecanismos de Mitigación Estudios de Impacto Ambiental en reservas territoriales e indígenas.

5.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Este acápite se centrará en definir el campo conceptual de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial a la luz de la Ley N° 28736. Para ello, será necesario desarrollar los derechos que los pueblos indígenas aislados tienen en la situación social y económica en que se desenvuelven.

5.2.1. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL

5.2.1.1. EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL

El cuestionamiento repetido con respecto a los pueblos indígenas aislados ha sido ya superado. Ciertamente, es difícil creer que la situación de exclusión y desigualdad social siga persistiendo en la actualidad, sin embargo, mucho más impresionante es saber que aún existen pueblos en la Amazonía que prefieren no tener contacto con las sociedades postmodernas y “altamente desarrolladas”.

Los pueblos indígenas “aislados”, “en aislamiento”, “en contacto inicial o reciente”, “ocultos” o simplemente “no contactados” han existido y son grupos humanos que se encuentran, en su mayoría, en la Amazonia y en el Gran Chaco como producto de la falta de contacto con las colonias españolas y portuguesas, las repúblicas decimonónicas sudamericanas, así como por propia decisión han optado por aislarse debido, generalmente, a algún hecho traumático previo. Sin embargo, por la tecnificación y reducción de los recursos naturales para el consumo de las sociedades contemporáneas o expansión de las relaciones capitalistas, se producen cada vez más contactos con culturas y grupos humanos que se han mantenido sin contacto alguno hasta ahora:

“Algunos pueblos indígenas se vieron poco afectados o no se vieron afectados en absoluto por la colonización y sus secuelas hasta bien entrado el siglo XX. Los pueblos aislados en la Amazonía, por ejemplo, vivieron prácticamente inalterados por fuerzas externas hasta fecha reciente. En gran parte del Ártico, los pueblos indígenas pudieron continuar con sus propias formas de vida, articuladas en torno a la explotación de los abundantes recursos naturales existentes en sus vastos dominios territoriales. Pero incluso los grupos indígenas aislados se ven ahora amenazados por la invasión dictada por intereses

comerciales, gubernamentales, por la perspectiva de acumulación económica derivada de los recursos naturales de las tierras indígenas o por consideraciones de tipo estratégico-militar. La historia se está repitiendo o amenaza con repetirse en el nombre de la modernización, el desarrollo y la seguridad nacional”²⁵¹.

La justificación de proteger a estos pueblos porque, en algunos casos, o existe la certeza y en otros presumimos su existencia, habiéndose producido distintos incidios y hasta medios probatorios de ello²⁵²; ha primado el razonamiento humano o social a favor de la presunción o certeza de su existencia y la creación de mecanismos de protección para limitar el ingreso de una serie de agentes que han entrado en contacto y que pueden causarles daño físico y moral.

A los sistematizadores estudios de Zarzar²⁵³ y Huertas²⁵⁴ en Perú, se le ha sumado estudios sobre la problemática de los pueblos ocultos Tagaeri y Taromenane en Ecuador²⁵⁵; poco después se publica el estudio sistematizador de Brackelaire²⁵⁶, el cual resume las experiencias, avistamientos, medios probatorios y tratamiento jurídicos y antropológicos sobre pueblos indígenas aislados, no contactados en toda la Amazonía, que finalmente es completado por uno de más reciente factura²⁵⁷. Expertos de diversos países, organizaciones indígenas y no gubernamentales, representantes de Defensoría del Pueblo, etc, reunidos en Belem do Pará, Brasil en el año 2005, por invitación de la Fundación Nacional del Indio FUNAI, órgano federal brasileño adscrito al Ministerio de Justicia, encargado de proteger los derechos de los pueblos indígenas aislado, producen la declaración de Belem de 2005 a favor de estos pueblos, en la cual se elabora una lista de pueblos indígenas de la Amazonia y del Gran Chaco.

²⁵¹ ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 25-6.

²⁵² SHEPARD, Glenn. *Pharmacognosy and the senses in two amazonian societies*. PhD Thesis, California, University of California at Berkeley, 1999.

²⁵³ ZARZAR, Alonso. *Tras las huellas de un antiguo presente. La problemática de los pueblos indígenas amazónicos en aislamiento y en contacto inicial*. Lima, Defensoría del Pueblo, 1999.

²⁵⁴ HUERTAS, B. *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad*, Lima, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas IWGIA, 2002.

²⁵⁵ “Los pueblos indígenas en aislamiento desde los derechos humanos y la conservación de la biodiversidad”. Elaborado por Alex Rivas, Informe de participación en el primer encuentro sobre pueblos indígenas aislados de la Amazonía y el Chaco, Belem do Pará, Nov. 8-11 de 2005”, Quito, UICN-SUR, 2005; CABODEVILLA, Miguel Ángel. “Los últimos pasos del genocidio ecuatoriano”, en Berraondo M. y M. Cabodevilla com, *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Quito, Ediciones CICAME / CDES, 2005

²⁵⁶ BRACKELAIRE, Vincent. “Estado de la situación de los últimos pueblos indígenas en aislamiento en América Latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela)”, Brasilia, CGII-FUNAI / CTI, 2006.

²⁵⁷ PARELLADA, Alejandro. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco*, Lima, IWGIA, 2007.

CUADRO 36 RELACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS EN SUDAMÉRICA

BRASIL	PERÚ	ECUADOR	COLOMBIA	BOLIVIA	PARAGUAY
- Río Envira - Alto río Tarauacá - Alto Iaco (Mamoadate) - Zonas entre ríos Xingu e Fresco - Alto e Médio río Purus - Río Tea (margem do Rio Negro) - Río Pardo do Mato Grosso - Parque Indígena de Tumucumaque nas províncias do Pará e Amapá - Vale do rio Javari (isolados do rio Jandiatuba, Alto Jutai, São José, Quixito, Itaquai, Rio Branco e do meio Javari) - Rio Guaporé em Mato Grosso - Isolados dos rios Buriticupu e Taruparu (Araribóia) em Maranhão - Rios Gurupi e alto Guamá, de Maranhão - Río Inauini - Isolados dos rios Jaquirana/Amburus (Terra Indígena Vale do Javari) - Igarapé y Muriru (ríos Jurueña e Aripuanã Mato Grosso) - Isolados <i>Kayapó Pu'ro</i> del río Curuá. - Isolados do Bararati em Apuí e Sucurundi na província do Amazonas - Isolados do río Tanaru em Rondônia - Isolados da cabeceira do rio Jaminaua (Terras Indígenas Kampa e Isolados do Envira) - Isolados do rio São Simão (Terra Indígena Massaco) - Isolados del rio Muqui e Cautário (Terra Indígena Uru-eu-wau-wau) - Isolados do igarapé Água Branca (Terra Indígena Caru)	- Ríos Napo – Tigre (Loreto) - Río Yavarí Mirim (Loreto) - Ríos Yavarí – Tapiche (Loreto) - Ríos Alto Calleria – Aguablanca (Loreto) - Cordillera Azul (Loreto y Ucayali) - Río Alto Aguaytía (Huánuco) - Río Sungaruyacu (Huánuco) - Cordillera Vilcabamba (Junín) - Río San Alejandro (Ucayali) - Reserva Territorial Isconahua (Ucayali) - Reserva Territorial Murunahua (Ucayali) - Reserva Territorial Alto Purús (Mashco Piro, Ucayali) - Parque Nacional Alto Purús (Ucayali, Madre de Dios) - Reserva Territorial del Estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios (Madre de Dios) - Parque Nacional del Manu (Madre de Dios) - Reserva Territorial del Estado Nahua Kugapakori y Nanti (Cusco y Ucayali)	- Parque Nacional Yasuní y Zona Intangible - Tagaeri-Taromenane - Frontera con Perú de las provincias de Orellana y Pastaza.	- Parque Nacional del Puré, a lo largo de la frontera con Brasil	- Parque Nacional Kaa Yya (Chaco) - Parque Nacional Madidi (La Paz) - departamentos de La Paz, Beni - Santa Cruz, Frontera con Brasil y con Perú.	- Región de Amotocodie y otras regiones del Norte del Chaco, incluyendo zonas fronterizas con Bolivia

Fuente: Declaración de Belém, 2005.

Ciertamente, tanto en Brasil como en Perú se concentran la mayoría de pueblos indígenas aislados, tomando en consideración la extensión de ésta en ambos países. Sin embargo, son necesarios estudios actualizados y profundos con respecto a estos temas, sobre todo, por cuanto se deben identificar áreas de protección específicas a favor de estos pueblos.

Asimismo, los pueblos indígenas aislados se encuentran en permanente movimiento, son pueblos nómades, en un proceso de dinámico de su sociedad. En este proceso, tanto por el ingreso de terceros y agentes externos a sus territorios o en su desplazamiento migratorio por las actividades de recolección y caza que realizan periódicamente, cada vez son menos estos pueblos aislados por diferentes razones:

1. Mueren por enfermedades como gripe, viruela, etc por no tener desarrollado su sistema inmunológico;
2. Mueren por conflictos con agentes externos a sus grupos humanos, en este caso, contra colonos de tierras, madereros ilegales, etc;
3. Inician proceso de contacto con asimilación o dominación cultural con grupos religiosos de otros pueblos;
4. Limitan aún más su movilidad y aumenta los posibles contactos con terceros²⁵⁸.

En ese sentido, conociendo la experiencia de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros del Camisea, donde las misiones religiosas católicas y ahora evangelistas, madereros ilegales, organizaciones no gubernamentales, las empresas petroleras y otros pueblos indígenas han ingresado y tomado contacto con estos pueblos aislados que han pasado a la etapa de contacto inicial y de asimilación, por no decir de dominación de una cultura sobre otra, sin descontar los posibles casos de explotación física y psicológica, debiendo tomar en cuenta la alta vulnerabilidad por la que pasan estos pueblos. Lo cierto es que desde el contacto con la empresa Shell en la década de los ochenta, o mucho antes con las misiones religiosas, el proceso que se ha sufrido es complejo y necesario de analizar,

²⁵⁸ La vulneración al derecho a la salud de estos pueblos se encuentra recogido en diversos estudios y obras que recogen dicha experiencia. En el caso del Perú, se han promulgados dos guías que señalan la vulnerabilidad de los pueblos indígenas aislados: Norma Técnica de Salud: Prevención, Contingencia ante el Contacto y Mitigación de Riesgos para la Salud en Escenarios con Presencia de Indígenas en Aislamiento y en Contacto Reciente, Resolución Ministerial N° 799-2007-MINSA de 25 de septiembre de 2007 y Guía Técnica Atención de Salud a Indígenas en Contacto Reciente y en Contacto Inicial en Riesgo de Alta Morbimortalidad, Resolución Ministerial N° 798-2007-MINSA de 25 de septiembre de 2007.

porque debemos tomar en cuenta los riesgos que se tienen frente al contacto como la pérdida de valores culturales o crisis sociales en estos grupos humanos; finalmente, tampoco tenemos la certeza que todos los grupos humanos se hayan contactado definitivamente o los de contacto inicial, rechacen posteriormente el contacto.

Además, estudios del Ministerio de Salud que demuestra la fragilidad de estos pueblos en el contacto con personal que realizan actividades de hidrocarburos, así como lo afirmado por la Defensoría del Pueblo de Perú, en el cual señala la fragilidad de la salud de estos pueblos al entrar en contacto con gente foránea y por ello recomienda el restringir permanentemente este tipo de contactos, fortuitos o forzosos, ya que violentan su derecho a la autodeterminación y a su voluntad de mantenerse aislados de los demás miembros de la sociedad nacional²⁵⁹.

En general, en la cuenca amazónica, la situación de los pueblos indígenas aislados se encuentra parcialmente reconocida y protegida por magros marcos legales, los cuales nos permiten señalar lo siguiente:

1. En países como Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Bolivia y Paraguay ya no se puede negar la existencia de los pueblos indígenas aislados de la Amazonía;
2. En estos países amazónicos y del Gran Chaco aún persiste un reconocimiento imperfecto por parte de los Estados de los derechos de estos pueblos y los territorios donde habitan; y,
3. En estos países aún falta un proceso de implementación de mecanismos estrictos de protección a favor de los pueblos indígenas aislados.

5.2.1.2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL A LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS

Muchos intentos por impulsar una normatividad especial que proteja a los pueblos indígenas a nivel mundial y, específicamente, en el ámbito latinoamericano se han frustrado desde hace dos décadas. Pese a la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2008), aún no existen mecanismos procedimentales e institucionales para la protección de estos pueblos.

²⁵⁹ Informe Defensorial No. 101, aprobado por RD No. 032-2005-DP y el MINSA/OGE Informe 04/009 Serie ASIS Pueblos en situación de extrema vulnerabilidad: el caso de los Nanti de la reserva territorial Kugapakori Nahua, Río Camisea, Cusco; Resolución Defensorial N° 032-2005-DP, 15 de noviembre de 2005.

Por ahora sólo el Convenio N° 169 de la OIT sirve como la única norma que protege los derechos de los pueblos indígenas aislados.

La labor disuasiva y crítica de algunos organismos internacionales ha sido fundamental para llamar la atención a los Estados en su función de proteger a estos pueblos. En ese sentido, el papel fundamental del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial para los derechos de los pueblos indígenas, etc. ha sido relevante en promover una serie de resoluciones y recomendaciones, que si bien no tienen carácter vinculante para los Estados, en el plano político, llaman a la reflexión las obligaciones de los gobiernos y las sociedades de cada país en cuanto a la protección de sujetos de derechos que se encuentran en alta vulnerabilidad.

Por ejemplo, en el Informe sobre el IV período de sesiones del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, se señaló como una preocupación establecer entre las prioridades y temas actuales (derechos humanos), la situación de los pueblos indígenas aislados:

“73. El Foro recomienda que los Estados presten especial atención a la situación de los pueblos indígenas con los que no se haya entrado en contacto, los pueblos que se hayan aislado voluntariamente y los pueblos que se encuentren en localidades aisladas y distantes, así como los pueblos desplazados de comunidades indígenas (...)”²⁶⁰.

En este tipo de recomendación, se señala hasta cuatro situaciones al definir a los pueblos indígenas aislados:

1. Pueblos indígenas que no han entrado en contacto con la sociedad mayor;
2. Pueblos indígenas que entraron en contacto pero que se han aislado voluntariamente;
3. Pueblos indígenas que pueden haber entrado en contacto o no, pueden haber decidido aislarse o no, sin embargo, están condicionados por el difícil acceso a las zonas donde habitan al aislamiento;
4. Pueblos indígenas que tienen contacto y que son desplazados de su zona de origen a otras zonas.

²⁶⁰ Informe sobre el cuarto período de sesiones (16 a 27 de mayo de 2005) E/2005/43–E/C.19/2005/9, del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, página 15. http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/DocumentsSpanish/ProcesosInternacionales/ForoPer_IV.doc

Este es el marco internacional para que en diversos espacios se produzca una discusión sobre las medidas de protección a diseñar sin vulnerar a estos pueblos, los últimos en entrar en contacto con el mundo social y contemporáneo, un mundo que se maneja por una lógica de dominación y que puede violentar de diversas maneras los derechos que se están reconociendo en el derecho internacional:

“83. (...) El Foro Permanente insta a los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas, la sociedad civil y las organizaciones de los pueblos indígenas a que cooperen para garantizar inmediatamente la prohibición efectiva de la injerencia externa, la agresión, la asimilación forzosa y los actos y procedimientos de genocidio. Las medidas de protección deberían comprender la salvaguardia de su entorno natural y sus medios de vida, y servicios móviles de atención sanitaria que sean invasivos al mínimo y se presten con sensibilidad cultural”²⁶¹.

Como bien se recomienda en estos espacios internacionales, es necesario un concienzudo estudio para analizar la situación social de estos pueblos y establecer de manera clara y precisa la protección estricta a favor de ellos. En ese sentido, un elemento de este futuro estudio es determinar las graves amenazas que se ciernen sobre ellos y su relación con los temas de la conservación de la biodiversidad²⁶².

Por otro lado, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” de septiembre de 2007, si bien no señala explícitamente a los pueblos indígenas aislados, sin embargo, reconoce ciertos derechos en el supuesto de asimilación o contactos forzosos:

“Artículo 8.-

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzosa o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos”.

²⁶¹ Informe sobre el V período de sesiones (15 a 26 de mayo de 2006) E/C.19/2006/11 del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.

²⁶² “84. El Foro Permanente recomienda que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la OIT y la UNESCO, en cooperación con el Foro Permanente, realicen un curso práctico de expertos sobre la situación de los pueblos indígenas que se han aislado voluntariamente a fin de

Un avance importante en cuanto al reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas aislados es el borrador del proyecto de “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”²⁶³. En su propuesta de artículo XXVI, denominado “pueblos indígenas en aislamiento voluntario”, se establece que “los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas”. En consecuencia, se puede apreciar que se produce un reconocimiento expreso de los siguientes derechos a favor de los pueblos indígenas aislados, ya se encuentren en aislamiento total o en contacto reciente o inicial:

1. Permanecer en la condición de aislados a través de la intangibilidad de sus territorios (impedir ingresos a sus respectivos habitas);
2. Vivir libremente y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales;
3. Participación de las organizaciones indígenas en su protección y defensa.

La intangibilidad de las reservas territoriales fundado en el principio precautorio, tiene una razón de ser más profunda, y es que en el estado de indefensión de estos pueblos, o vulneración, lo podemos encontrar en el principio de la equidad²⁶⁴ o proporcionalidad como razón suficiente para la protección de estos pueblos, tanto por una situación diferente y ser un grupo diferenciado de la sociedad nacional, es que se necesitan mecanismos especiales y específicos para su protección, a decir de Young, se convierten en “affirmative actions”, en todo caso, acciones especiales dirigidos a proteger a estos sujetos, limitando la acción estatal²⁶⁵. La jurista italiana Carla Faralli aboga por este principio cuando explica que el multiculturalismo no trata sólo de igualar las condiciones de existencia, sino de proteger, incluso a través de eventuales beneficios re-equilibratorios, la integridad de las formas de vida de quienes resultan de algún modo en desventaja”; es decir, la democracia contemporánea de los países latinoamericanos deben dejar el fetiche de

formular estrategias y programas para la protección de sus derechos y territorios y presentar un informe al Foro Permanente en su próximo período de sesiones”. *Ibíd.*

²⁶³ Preparado por la Presidencia del Grupo de Trabajo especializado y encargado para formular una propuesta. El último avance del grupo ha sido el Texto consolidado del Proyecto de Declaración preparado por la Presidencia del Grupo de Trabajo. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.139/03, 16 junio 2003. Original: español. Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁶⁴ FALCÓN Y TELLÁ, María, *Equity and law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 196-9.

²⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 248-9.

la “neutralidad normativa” y abogar por la parcialidad y defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas aislados a través del principio de paridad de tratamiento especial a favor de estos pueblos, “en condiciones de equilibrar la universalización de los derechos subjetivos, en una política sensible a las diferencias culturales, tutelando la integración de los individuos incluso en relación con la forma de vida que es constitutiva de su identidad”²⁶⁶.

De manera imperfecta, sin respetar en todos los casos el principio de intangibilidad de los territorios de los pueblos indígenas aislados, los estados sudamericanos han intentado establecer medidas para proteger a los pueblos indígenas aislados que habitan en la Amazonia y el Gran Chaco. Actualmente se han desarrollado dos tipos de sistemas de protección a favor de los pueblos indígenas aislados: el primero, un sistema privado de protección mediante la compra de tierras alrededor de los territorios de los pueblos aislados, generalmente, sin ser reconocidos estos espacios como suyos; y el segundo, sistemas públicos de protección mediante mecanismos de “áreas naturales protegidas” o “sistemas autónomos” de reconocimiento y protección de los territorios y demás derechos de los pueblos indígenas aislados, sistema de protección de manera coordinada y complementaria, en muchas ocasiones, al sistema de áreas protegidas. Todas estas modalidades se pueden apreciar en los modelos que los Estados han asumido esta protección:

1. Sistema autónomo: áreas geográficas reconocidas como territorios indígenas; es el caso de las reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial en Perú (Murunahua, de Madre de Dios y Nahua Kugapakori); la zona intangible para no contactados en Ecuador (Zona Intangible Tagaeri Taromenane); las zonas de protección etnoambiental en Brasil.
2. Sistema “mixto”: cuando se superponen áreas reconocidas a los pueblos indígenas aislados y ámbitos de conservación de la biodiversidad como las áreas protegidas: casos del Parque Nacional Alto Purús que se superpone con la reserva territorial Mashco Piro y Zona Reservada Sierra del Divisor superpuesta con la reserva territorial Isconahua en Perú; y casos de la Reserva Absoluta Toromona que se superpone con el Parque Nacional Madidi.

²⁶⁶ FARALLI, C. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*, Madrid, Universidad Complutense UCM, 2007, p. 295.

3. Sistema de protección mediante áreas protegidas: cuando el sistema nacional, regional o local de áreas protegidas establecen mecanismos para proteger en su seno a los pueblos indígenas aislados, sin necesariamente reconocerle sus territorios, como es el caso del área protegida Reserva Nukak en Colombia, o las medidas de protección expresadas como parte de la zonificación del Parque Nacional Manu o del Santuario Nacional Megantoni en Perú.
4. No existe o no se ha implementado un sistema de protección: Paraguay y Venezuela.

CUADRO 37 SITUACIÓN LEGAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS POR PAÍS

País	Pueblos Aislados (aprox.)	Marco Jurídico Nacional de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento
Brasil	68	Estatuto del Indio (1973), 7 Zonas de Protección EtnoAmbiental protegidas por FUNAI (agencia del Ministerio de Justicia).
Colombia	3	Resguardos indígenas en la Constitución y pueblo indígena aislado en el Parque Nacional Puré y en el resguardo Nukak.
Bolivia	6 zonas con evidencias	1 Zona de Reserva Absoluta Toromona (2006). Hasta la fecha no se han realizado acciones concretas para su protección.
Paraguay	1	El Congreso debatió una ley para proteger parte del territorio de los pueblos indígenas aislados, frustrada. Protección Compra de Tierras (2005).
Perú	14	Ley N° 28736 (2006) y su Reglamento (2007) para la protección de pueblos indígenas aislados. 5 Reservas Territoriales y 5 propuestas, sin protección.
Ecuador	2 y 1 referencia	Zona Intangible Tagaeri Taromenane (decretos ejecutivos 1999 y 2007). El 18 de abril de 2007 el Gobierno presentó la Política Nacional de Pueblos en situación de Aislamiento Voluntario, aún en evaluación.
Venezuela	1	No hay más que referencias doctrinales a pueblos indígenas en contacto tardío, pese que existe, al menos un pueblo recién contactado.

Fuente: Declaración de Belem 2006.

Se han implementado distintos mecanismos de protección a favor de los pueblos indígenas aislados y las modalidades de protección varían de país a país. Sin embargo, si conceptualizamos las distintas experiencias que encontramos actualmente en Sudamérica, podemos llegar a convenir que existen sistemas de protección de carácter público, donde el Estado es el mayor responsable o sistemas de protección de carácter privado, donde el rol de liderazgo en la protección lo asumen las organizaciones de la sociedad civil²⁶⁷.

²⁶⁷ POSSUELO, Sidney et al. "Insumos para una estrategia regional de protección de los pueblos indígenas aislados y en contacto inicial", en Santillán et al. 2007, pp. 23 y ss.

Pese a esta pléyade de mecanismos y espacios para la protección de los pueblos indígenas aislados, lo cierto es que siguen latentes las amenazas a estos pueblos, sin futuras soluciones que posibiliten mejoras a su existencia. En ese sentido, las actividades ilícitas como tala ilegal de madera, el narcotráfico, colonización de la amazonia (cambio de uso de la tierra por monocultivos), las lícitas como las actividades mineras e hidrocarburíferas, los biocombustibles y la participación de otros actores (comunidades rivales, pobladores locales, iglesias, ongs, etc) hacen peligrar la existencia de los pueblos indígenas aislados.

Sin desconocer una historia previa de iniciativas públicas y de las organizaciones de la sociedad civil por proteger a los pueblos indígenas aislados, en los últimos años, los intentos por proteger a estos pueblos tuvo como efecto que se reunieran en Belém (Pará, Brasil), organizaciones indígenas, organizaciones de la sociedad civil americana y organismos de cooperación, así como organizaciones de no gubernamentales dedicadas a la conservación de la biodiversidad, y expertos en el “Primer Encuentro Internacional sobre Pueblos Indígenas Aislados de la Amazonía y del Gran Chaco” (2005) para tratar el tema de la protección y defensa de sus derechos²⁶⁸, presentándose un diagnóstico de la situación general de los pueblos indígenas aislados:

CUADRO 38 AMENAZAS HACIA LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS DE LA AMAZONIA Y EL CHACO

PAÍSES	SITUACIÓN JURÍDICA	SITUACIÓN REAL	MARCO LEGAL
Bolivia	Zona de Reserva Absoluta Toromona	Indefensión por actividades extractivas	No existe marco legal
Brasil	Zonas de Protección Etnoambiental (07)	Indefensión (gobiernos estaduais y madereros ilegales)	Estatuto de Indio de 1973
Colombia	Zonas de Protección en parques nacionales	Indefensión (violencia política)	No existe marco legal
Ecuador	Zona Intangible Tagaeri Taromenane	Indefensión (tala ilegal, conflictos interétnicos, política de hidrocarburos)	Zona Intangible (propuesta legal)
Perú	Reservas Territoriales (05)	Indefensión (tala ilegal y actividades extractivas)	Ley N° 28736
Paraguay	Propiedades compradas por ONGs	Indefensión Cultural	No existe sólo Reserva Biosfera del Chaco

Fuente: Defensoría del Pueblo Perú, 2005; Brackelaire, 2006; Parellada, 2007

²⁶⁸ Este evento fue organizado por la Coordinación General de Indios Aislados de la FUNAI con la ONG Centro de Trabajo Indigenista (CTI), obtuvo un diagnóstico general, el cual indica el grave estado de vulnerabilidad en que se encuentran estos grupos culturales en toda la Amazonía peruana y en la zona del Chaco.

Las organizaciones presentes en ese evento manifestaron la necesidad de proteger a los pueblos indígenas aislados de la región a través de la “Declaración de Belém sobre Pueblos Indígenas Aislados” (2005), la cual exhortó a los Estados de la región Amazónica y del Chaco a tomar medidas eficaces de protección para estos pueblos aislados, frente a las serias amenazas que se ciernen sobre estos pueblos, la tala ilegal de madera y actividades extractivas que vulneran su derecho a elegir estar aislados, acarreando un contacto forzoso, vulnerando el derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente y demás derechos territoriales.

Poco después en el “Seminario Regional sobre Pueblos Indígenas Aislados y en Contacto Inicial de la Amazonia y el Gran Chaco”, organizado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Viceministerio de Tierras de Bolivia (Santa Cruz, 2006), se adoptó el “Llamamiento de Santa Cruz” y las organizaciones indígenas presentes (Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil y Paraguay) crearon el “Comité Indígena Internacional para la Protección de los Pueblos en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Amazonía, el Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay” (CIPIACI), comité internacional que tiene la finalidad evitar la intervención de agentes externos, controlando las políticas y acciones de los gobiernos, empresas y otros agentes a favor de la protección de los pueblos indígenas aislados.

Existen diversos intereses y visiones sobre la amazonia, así como discursos que reivindican los derechos y exigencias de los pueblos indígenas de dicha geografía. El olvido histórico y el pobre reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas aislados por la sociedad nacional y el propio Estado, y la ausencia de éste en la regulación del espacio amazónico, interesado tan solo en promover actividades de extracción de recursos naturales, ha permitido que durante muchos años estos pueblos se encuentren en desventaja frente a la población nacional.

Sumado a esta situación, un fundamento que ha impulsado una reciente promoción de políticas y legislación a favor de los pueblos indígenas, especialmente los pueblos indígenas aislados, es el reconocimiento que sus derechos son anteriores a la constitución de los Estado Nacionales en la región amazónica. Así, existen muchos instrumentos internacionales de carácter general que identifican obligaciones y futuras acciones estatales en la protección a favor de los pueblos indígenas aislados (el Convenio N° 169 de la OIT, las Resoluciones de la UICN, la Declaración de Belem de 2005, el Llamamiento de Santa Cruz de 2006, el Informe de Relator

Espacial de Naciones Unidas, Informes del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de ONU), así como experiencias estatales de protección (la experiencia de la Fundación Nacional del Indio FUNAI en Brasil y de la Zona Intangible Tagaeri Toromenane en Ecuador).

En el caso boliviano, una avance interesante es la expedición de la Resolución Administrativa N° 48/2006 de 15 de agosto de 2006, en la cual el Servicio Nacional de Áreas Protegidas SERNAP, señala la existencia de un grupo indígena originario aislado, presumiblemente perteneciente al pueblo Toromona, y obligando a la SERNAP como institución estatal a tomar las previsiones legales para salvaguardar y resguardar esta área, garantizando “la intangibilidad de estos territorios, su aislamiento y el respeto a su decisión en torno a la forma de su relacionamiento con el resto de la sociedad nacional”.

En esta norma, se reconoce el derecho de propiedad sobre el área que habitan y se declara sobre ella una “Zona Intangible y de Protección Integral de Reserva Absoluta”, donde concurren en la función de protección la SERNAP y las fuerzas armadas. En ese sentido, se establecen dentro del concepto de intangibilidad, protecciones estrictas y coherentes con la finalidad de la norma, es decir, prohibición de actividades poblacionales, ingreso de foráneos y actividades extractivas:

“Cuarto.- El Responsable de área y el cuerpo de protección, no permitirán ningún tipo de asentamientos poblacionales distintas a lo de los pueblos indígenas que habitan en su interior, tampoco cualquier intervención de pueblo a pueblo, debiendo respetar cada uno su territorio y su habitar.

Quinto.- Quedan absolutamente prohibidas todas las actividades de prospección, explotación y extracción de cualquier recurso natural dentro de perímetro establecido Ut supra.

Sexto.- Queda estrictamente prohibido el ingreso de cualquier agente externo, preservando de esta forma la salud de la población en aislamiento, evitando se ponga en riesgo la vida del grupo indígena”.

Bolivia vive un proceso político intenso y conflictivo, sin embargo, es un paso interesante el manifestar política y jurídicamente la decisión del Estado Boliviano de proteger a los pueblos indígenas aislados, en el proceso de “nacionalización de áreas naturales protegidas”, que necesariamente deberá contar con un diagnóstico de la situación y de la relación entre las áreas naturales protegidas y los pueblos indígenas, especialmente, los que son más vulnerables, los que se encuentran en aislamiento.

En Ecuador, el marco legal de conservación de la biodiversidad no ha impedido que se otorguen derechos de aprovechamiento de recursos naturales en áreas protegidas como sucede con el Parque Nacional del Yasuni, el cual tiene varios bloques petroleros que afectan seriamente la biodiversidad que se pretende proteger con el parque. Considerando del Decreto Ejecutivo N° 2187 de 03 de enero de 2007 que delimita la Zona Intangible para el pueblo indígena aislado Tagaeri Taromenane con el Parque Nacional del Yasuní:

“Que existen diversas amenazas externas a causa de políticas de desarrollo (proyectos y megaproyectos hidrocarburíferos, mineros, viales, hidroeléctricos, forestales, agropecuarios, de recursos hídricos, privatización de los recursos naturales – aguas, bosques, biodiversidad), actividades ilícitas (extracción forestal, narcotráfico, minería, extracción de fauna y flora), la deforestación, la colonización así como por la presencia de agentes externos (organizaciones religiosas, turísticas, científicas, empresas de cine/televisión, aventureros, otros)”.

Sin embargo, ya con los decretos ejecutivos de 1999 y 2007 se ha logrado proteger de manera estricta a favor de los pueblos indígenas aislados Tagaeri Taromenane, impidiendo actividades poblacionales, culturales y extractivas a favor de estos pueblos:

“Art. 1.- Declárase zona intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos Huaorani conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad Huaorani en 1990 y del Parque Nacional Yasuní”²⁶⁹.

La Zona Intangible Tagaeri superpuesta en parte al Parque Nacional Yasuni es el primer antecedente de protección estricta en la región andina, considerándose interesante que recoja el carácter a perpetuidad del área e instrumentos de conservación como zonas de amortiguamiento alrededor de la zona intangible, conformándose como un “área adicional de protección que, mediante la implementación de restricciones en las actividades que se desarrollen, contribuya a proteger a los grupos en aislamiento voluntario y condición de contacto inicial”. Es más, en esta área o zona de amortiguamiento:

“(…) se prohíbe la realización de actividades extractivas de productos forestales con propósitos comerciales; igualmente se prohíbe el otorgamiento de concesiones mineras y realizar nuevas obras de infraestructura tales como carreteras, centrales hidroeléctricas,

²⁶⁹ Decreto Ejecutivo N° 552. Quito, 02 de Febrero de 1999. Declara Zona de Conservación Especial de los Grupos Huaorani.

centros de facilidades petroleras; y otras obras que los estudios técnicos y de impacto ambiental juzguen incompatibles con el objeto de la zona intangible”²⁷⁰.

Si bien es cierto que esta zona intangible no sería un tipo de zonificación del Parque Nacional Yasuni, no sólo porque escapa de la gestión del parque y va más allá de su propia área, se deja en claro que en la zona de amortiguamiento la autoridad competente de la gestión del Parque Nacional Yasuni tiene plena injerencia, permitiéndose entender que deberán coordinarse acciones de gestión de la protección, sobretodo, porque este decreto ejecutivo señala que las funciones de gestión recaerá en el Ministerio de Ambiente.

Actualmente, el Ministerio de Ambiente del Ecuador ha comenzado a explorar la idea de elaborar una reglamentación que integre mecanismos institucionales, procedimentales y formales a favor de estos pueblos aislados. En todo caso, es necesario un proceso de retroalimentación con otros países de la región, aplicando mecanismos materiales y formales en función a las Medidas Cautelares expedidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de los pueblos indígenas aislados Tagaeri Taromenane.

5.2.2. CREACIÓN DE RESERVAS TERRITORIALES PARA PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL

5.2.2.1. DEFINICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO INICIAL

En un primer momento, definiremos la subjetividad de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial PIACI, sus derechos y finalmente su especial relación histórica, moral, cultural, jurídica, económica y espiritual con los recursos naturales.

La definición de pueblos indígenas en aislamiento ha ido cambiando con el tiempo, sin embargo, se define a esta clase de pueblos como un pueblo indígena o parte de él, donde la cuestión demográfica no es relevante más que para cuestiones de precisar al grupo humano, no constitutiva de derecho o de condición para ser considerado sujeto de derecho y ser reconocido como tal y protegido por el régimen

²⁷⁰ Decreto Ejecutivo N° 2187. Quito, 03 de enero de 2007.

especial. En ese sentido, lo más relevante es que la situación de aislamiento del pueblo indígena posibilita el derecho de gozar de una protección especial. Yendo más allá, la verdadera fuente de derechos se encuentra en la decisión de estos pueblos en mantenerse aislados, en no gozar de contacto con la sociedad mayor u otros pueblos.

“Artículo 2°.- Definiciones.

Para efectos de la presente Ley se consideran:

(...)

- a) Aislamiento.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas”.

De la propuesta de la Comisión del Poder Ejecutivo que elaboró la propuesta de Ley, se ha eliminado el término “voluntario” que involucra más que una disquisición terminológica, explicaba no sólo la manifestación de voluntad de mantenerse aislados y hasta rechazo de contactos con todos los miembros de la sociedad mayor, sin contacto con agentes económicos, u otros pueblos, hasta que ellos decidan el contacto. Asimismo, este carácter voluntario demostraba un proceso histórico muy complejo en el cual después de un contacto breve o prologado de explotación o de invasión a sus territorios ancestrales estos pueblos se han retirado o han preferido mantenerse alejados de los avances del espacio de la sociedad mayor en la Amazonía peruana.

Esta definición va de acorde con lo señalado en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales adoptado de la OIT, en que señala en su artículo 14°:

“(...) deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén ocupadas por ellos”.

Estas medidas son pues el establecimiento de las reservas indígenas, un medio para asegurar sus derechos territoriales, como el de la propiedad. En ese sentido, las reservas indígenas son el instrumento jurídico efectivo de asegurar sus derechos de propiedad y posesión.

Asimismo, el artículo 15° señala en su inciso 1 que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a

participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. En todo caso, las reservas indígenas aseguran también este derecho, cumpliendo con la protección eficaz y estricta en la conservación de los recursos naturales.

Los pueblos indígenas en contacto inicial son definidos también con algunas variantes de los antecedentes más próximos de la Ley N° 28736:

“Artículo 2°.- Definiciones.

Para efectos de la presente Ley se consideran:

(...)

b) Contacto inicial.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional”.

En el caso de la definición de la propuesta de la Comisión del Poder Ejecutivo, si bien la redacción es diferente, al menos, se señala que los pueblos indígenas en situación de contacto inicial viven un proceso de relación con la “sociedad nacional”.

Es interesante como se menciona la diferencia entre pueblos indígenas y la sociedad nacional. Este concepto de sociedad nacional que ya no involucra conceptos discriminatorios como “civilización”, ciertamente, transmiten una idea monolítica de nación, cuestión que se aleja de una realidad diversa culturalmente y señalada constitucionalmente. En todo caso, se debe entender que los procesos de contactos iniciales deben ser completamente sensibles y especializados puesto que la influencia de agentes externos con intereses diferentes al de protección, podría ser perjudicial para estos pueblos.

En ese sentido, se debe elaborar un programa especial de relacionamiento a favor de los pueblos indígenas en contacto inicial, conducidos por especialistas antropólogos en el tema de control de agentes y conducción de contactos que lleven a conocer e informar de los derechos de estos pueblos, así como la nueva realidad de la sociedad nacional.

5.2.2.2. CONTEXTO DE CREACIÓN DE RESERVA TERRITORIALES

El origen del reconocimiento de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial data de tiempos de la colonia. Recién en el siglo XX, el art. 18 del Protocolo de Amistad y Cooperación Río de Janeiro entre Perú y Brasil de 1934, el

cual se establece por primera vez un régimen especial de protección a favor de “Silvícolas no adaptados o no completamente adaptados a la civilización”.

Años después, por Decreto Supremo N° 03 del 1 de marzo de 1957, se dispone a favor de las “tribus silvícolas” (pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial) la reserva de áreas necesarias para asegurar su subsistencia, de preferencia en las zonas donde se comprobaba su existencia y posesión inmemorial.

Estos mecanismos no tuvieron mucha efectividad, recién a fines del Régimen Militar de los setenta, de igual manera en los últimos años existen mecanismos legales que recién se están implementando en muchos países para proteger a los pueblos indígenas aislados. En el Perú, desde 1978, bajo el Decreto Ley N° 22175 y ahora con la Ley N° 28736 y su reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES de 05 de octubre de 2007), se ha instituido el régimen de protección especial a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Sin embargo, se deben mejorar aún muchos elementos de este régimen como la necesaria modificación de estas normas a fin de declarar la intangibilidad de las reservas territoriales para pueblos indígenas aislados; mejorar las políticas públicas a través del seguimiento a instrumentos de planificación que recogen principios de protección a favor de estos pueblos; y mejorar la institucionalidad, fortaleciéndola con la intención de proteger en campo a estos pueblos.

Por otro lado, encontramos una serie de ámbitos/espacios de conservación de la biodiversidad y protección de sus derechos territoriales a favor de estos pueblos indígenas aislados, tanto reservas territoriales como áreas protegidas son espacios que han permitido algún nivel de sensibilización y conocimiento de estos pueblos:

CUADRO 39 UBICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS EN EL PERÚ

Pueblos Indígenas Aislados en Reservas Territoriales	Pueblos Indígenas Aislados en Propuestas Reservas Territoriales	Pueblos Indígenas Aislados en Áreas Naturales Protegidas	Pueblos Indígenas Aislados en superposiciones de Áreas Protegidas y Reservas	Pueblos Indígenas Aislados fuera de ANPs y RRTT
Nahua, Kugapakori	Yavarí Mirim	Parque Nacional Manu		Yavarí Mirim
Madre de Dios	Napo Tigre	Parque Nacional Alto Purús	P N Alto Purús - Mashco Piro	Cashibo Cacataibo
Murunahua	Cashibo Cacataibo	Parque Nacional Cordillera Azul		
Mashco Piro	Yavarí Tapiche	Parque Nacional		

		Otishi		
Isconahua	Kapanahua	Santuario Nac. Megantoni		
		Reserva Comunal Asháninka		
		Reserva Comunal Matsiguenga		
		Reserva Comunal Purús	R. C. Purús - Mashco Piro	
		Reserva Comunal Amarakaeri		
		Zona Reservada Sierra del Divisor	Sierra del Divisor - Isconahua	
		Zona Reservada Pucacuro		

Fuente: ZARZAR, 1999²⁷¹

En consecuencia, además de las razones humanitarias, la relación incuestionable entre el territorio, tierras y los recursos naturales con los conocimientos tradicionales que emplean los pueblos indígenas aislados y la forma de uso de los recursos naturales –hasta aún hoy desconocido por la sociedad nacional y Estados- plantea la necesidad de proteger a estos pueblos de manera permanente mediante reservas territoriales que vayan más allá de la tutela del derecho de propiedad que tienen estos pueblos sobre sus tierras. El proceso de protección está aún inconcluso y necesita de diversos insumos, entre ellos, el aporte de estudios antropológicos sobre la materia para finalmente perfeccionarla.

Por otro lado, se han producido desde la visión ambientalista una serie de instrumentos que reconocen los derechos de los pueblos indígenas y dan pautas para implementar mecanismos de protección a favor de los pueblos indígenas aislados. Desde los “Principios y directrices sobre pueblos indígenas y tradicionales y áreas protegidas”, WWF y UICN (2000); la Recomendación 24 “Pueblos indígenas y áreas protegidas” del V Congreso Mundial de Parques (Durban, 2003), y la Resolución 3.056 “Pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario y conservación de la naturaleza en la región amazónica y el Chaco”, del Congreso Mundial de la Naturaleza (Bangkok, 2004), se puede señalar que se reconoce la interdependencia entre los grupos aislados y las tierras, territorios y la biodiversidad con la que interactúan.

En el ámbito nacional, el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (D.S. N° 038-2001-AG) es un avance importante en la adecuación de

procedimientos de la gestión de áreas protegidas en la protección de derechos de pueblos indígenas aislados. Algunos de estos criterios son la creación de áreas protegidas; el salvaguardar sus derechos de propiedad y otros derechos; creación de zonas reservadas para proteger a los pueblos aislados mediante una evaluación de indicios razonables de la existencia de estos pueblos; etc.

Asimismo, hasta al menos dos elementos importantes en la protección y contención de amenazas de los derechos de los pueblos indígenas aislados que viven en áreas protegidas: el primero, la “zona de protección estricta”, usada para proteger el territorio de los pueblos indígenas aislados en áreas; y el segundo elemento son las medidas precautorias, capacidad para restringir algún tipo de aprovechamiento de recursos naturales en estas mismas áreas naturales protegidas.

En el caso del Perú, se ha producido una integración entre los derechos de los pueblos indígenas y los objetivos de las áreas naturales protegidas en el proceso de identificación de ciertos criterios fundamentales de la gestión de áreas:

1. Respeto al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas aislados;
2. Respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas aislados;
3. Obligación de protección de los pueblos indígenas aislados;
4. Identificación de amenazas como son organizaciones sociales; tala ilegal de madera, cazadores furtivos, comunidades nativas, impacto negativo de la actividad científica.

Muchas de las 11 áreas naturales protegidas incorporan los criterios anteriormente señalados, sin embargo, es mucho más importante señalar como algunas de estas áreas, como la Zona Reservada Sierra del Divisor, han incluido como un objetivo general del área la protección de los pueblos indígenas aislados. Este logro de muchas organizaciones ambientalistas e indígenas del Perú fue a través de un proceso de dialogo de más de dos décadas por tratar de compatibilizar la conservación de la biodiversidad y la protección de pueblos indígenas aislados, venciendo discursos e intereses opuestos de distintas organizaciones de la sociedad civil:

²⁷¹ ZARZAR, Alonso. *Tras las huellas de un antiguo presente. La problemática de los pueblos indígenas amazónicos en aislamiento y en contacto inicial*. Lima, Defensoría del Pueblo, 1999.

**CUADRO 40 OBJETIVOS DE CREACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS CONTEMPLAN LA PROTECCIÓN DE
PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS**

Área Protegida	Norma de Creación	Objetivos de creación de Áreas Protegidas
Parque Nacional Manu	Decreto Supremo N° 0644-73-AG, modificada por Decreto Supremo N° 045-2002-AG	Proteger una muestra representativa de la diversidad biológica, así como paisajes de la selva, ceja de selva y de los andes del suroriente peruano, contribuir al reconocimiento y protección de la diversidad cultural y la autodeterminación de los pueblos indígenas del área.
Reserva Comunal Purus	Decreto Supremo N° 040-2004-AG	Proteger el área donde habitan indígenas voluntariamente aislados y/o en contacto inicial o esporádico que se encuentran al interior del área natural protegida, a fin de garantizar su integridad física y cultural.
Zona Reservada Sierra del Divisor	Resolución Ministerial N° 0283-2006-AG	El establecimiento de la Zona Reservada Sierra del Divisor tiene como objetivo general la protección de la diversidad biológica, geomorfológica y cultural de la única región montañosa en el contexto de la selva baja; a la par de brindar una mayor protección legal a los grupos indígenas Isconahuas en situación de aislamiento voluntario, y apoyar el desarrollo de un manejo integrado y equilibrado de los recursos naturales de las zonas adyacentes.

Fuente: elaboración propia.

Estos instrumentos señalan la obligación de implementar planes de contingencia para los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial; protocolos antropológicos de relacionamiento; planes de contingencia ante posibles encuentros con indígenas en aislamiento; sistema de control y vigilancia; implementación y capacitación a los comités de vigilancia comunal para prevenir las incursiones sobre los territorios de estos pueblos; y registro de avistamientos, evidencias de presencia y contactos con éstos.

5.2.2.3. CREACIÓN DE RESERVA INDÍGENAS

Bajo el marco legal anterior al 2006, e interpretando las normas que le otorgaban facultades de demarcación territorial, el Ministerio de Agricultura ha “protegido” formalmente los territorios y derechos conexos a éstos, de los pueblos indígenas aislados a través de las reservas territoriales, creadas por diversas normas desde 1990 hasta 2003. En consecuencia, ha funcionado un sistema “mixto” de conservación de la biodiversidad y de los derechos colectivos de estos pueblos indígenas. Pese a ello, actualmente ha sido necesario comenzar a regular de manera coherente ambos campos de derechos humanos. En el caso de los pueblos indígenas aislados, un sistema jurídico que agrupe políticas estatales, instituciones, normas y

procedimientos que protejan y hagan efectivo los intereses y los derechos colectivos de estos pueblos:

CUADRO 41 NATURALEZA Y CONTENIDO JURÍDICO DE LAS RESERVAS TERRITORIALES DEL ESTADO FAVOR DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL

Pueblo Indígena Aislado	Norma de Creación	Finalidad de la Reserva Territorial Existente
Kugapakori, Nahua, Nanti y otros	Decreto Supremo N° 028-2003-AG, de 25 de julio de 2003	Primero, propósito de proteger el derecho de propiedad del pueblo indígena (ocupación de modo tradicional) para el aprovechamiento de los recursos naturales de la reserva; Segundo, aprovechamiento con fines de subsistencia de los recursos naturales en el área; Tercero, prohibición de asentamientos poblacionales; Cuarto, prohibición de actividades económicas.
Murunahua (Grupo étnico)	Resolución Directoral Regional Sectorial N° 453-99-CTAR-UCAYALI-DRSA del 24 de septiembre de 1999	Primero, propósito de proteger el derecho de propiedad del pueblo indígena (ocupación de modo tradicional) para el aprovechamiento de los recursos naturales de la reserva (1997); Segundo, se excluyen territorios que se superponían a una concesión forestal (1999)
Mashco - Piro (grupo etnolingüístico)	Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA de 01 de abril de 1997	Propósito de proteger el derecho de propiedad del pueblo indígena (ocupación de modo tradicional) para el aprovechamiento de los recursos naturales de la reserva.
Isconahua (grupo étnico)	Resolución. Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DGRA-OAJ-T de 11 de junio de 1998	Propósito de proteger el derecho de propiedad del pueblo indígena (ocupación de modo tradicional) para el aprovechamiento de los recursos naturales de la reserva.
Ggrupos no precisados en Madre de Dios	Resolución Ministerial N° 427-2002-AG de 22 de abril de 2002	Propósito de proteger el derecho de propiedad del pueblo indígena (ocupación de modo tradicional) para el aprovechamiento de los recursos naturales de la reserva.
Conclusiones sobre Eficacia de las Reservas Territoriales Indígenas		Asegurar el derecho de propiedad de esos grupos culturales con carácter expectatício

Fuente: Santillán et al.²⁷²

Se ha discutido sobre los alcances de las resoluciones o normas que establecen las reservas territoriales. Se entiende que la finalidad de las normas es proteger un derecho de propiedad a estos pueblos, mientras que se “formalizan” en comunidades nativas. Sin embargo, el mayor aporte de estas normas creadoras de reservas es la consideración y necesidad de mantener intangible dichas áreas para la subsistencia de los pueblos indígenas aislados.

Tanto la Ley 28736, su reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES) y su modificatoria (Decreto Supremo N° 008-2016-MC), en la cual se definen las reservas indígenas, que se diferencian del concepto de reserva territorial para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, aunque ambas plantean

²⁷² SANTILLÁN, Asunta et al. *Hacia una reglamentación de la ley n° 28736*, Lima, DAR, 2007.

una situación no permanente, es claro que en una se está definiendo en función al área de aprovechamiento de recursos naturales de estos pueblos, y en la otra, la reserva indígena, el área donde “habitan” estos pueblos, sin quedar claro en la ley, dicho espacio, dejándolo al procedimiento técnico que defina dicha área, sin establecer claramente un criterio jurídico:

Cuadro 42 Definición de Reserva Territorial y Reserva Indígena

Reserva Territorial (DL 22175)	Reserva Indígena (Ley y Reglamento)
“SEGUNDA.- Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se defina una de las situaciones a que se refieren los incisos a) y b) del Artículo 10 de la presente Ley”.	“ Artículo 27.- Reservas indígenas.- Las reservas indígenas son espacios geográficos delimitados por el Decreto Supremo de categorización, donde habitan pueblos en situación de aislamiento y/o en situación de contacto inicial. El VMI es el órgano del Estado encargado de velar por su protección con recursos económicos que provengan del tesoro público y otras fuentes”.

Fuente: elaboración propia

La creación de una reserva indígena está planteada en función a un proceso complejo y posiblemente engorroso de la administración pública, puesto que se plantean dos etapas por aprobación ambas de un Decreto Supremo, para reconocer a un pueblo indígena en aislamiento y en contacto inicial y después para crear la reserva indígena:

“b) Las reservas indígenas adquieren tal categoría por decreto supremo sustentado en un estudio adicional al detallado en el literal a) de este artículo, el mismo que para su validez debe señalar plazo de duración renovable las veces que sea necesario, los pueblos indígenas beneficiados y las obligaciones y prerrogativas de las comunidades nativas o pueblos indígenas colindantes. Este estudio es realizado por una Comisión Multisectorial, es dirigido por el INDEPA y cuenta con la opinión del gobierno regional en cuya circunscripción se encuentre la reserva indígena. Dicho informe debe contener un análisis ambiental, jurídico y antropológico y articular las opiniones técnicas y las estrategias de intervención de los sectores: Salud, Mujer y Desarrollo Social, Agricultura, Energía y Minas, Defensa, Interior y, de ser el caso, Relaciones Exteriores” (art. 3, Reglamento de la Ley 28736).

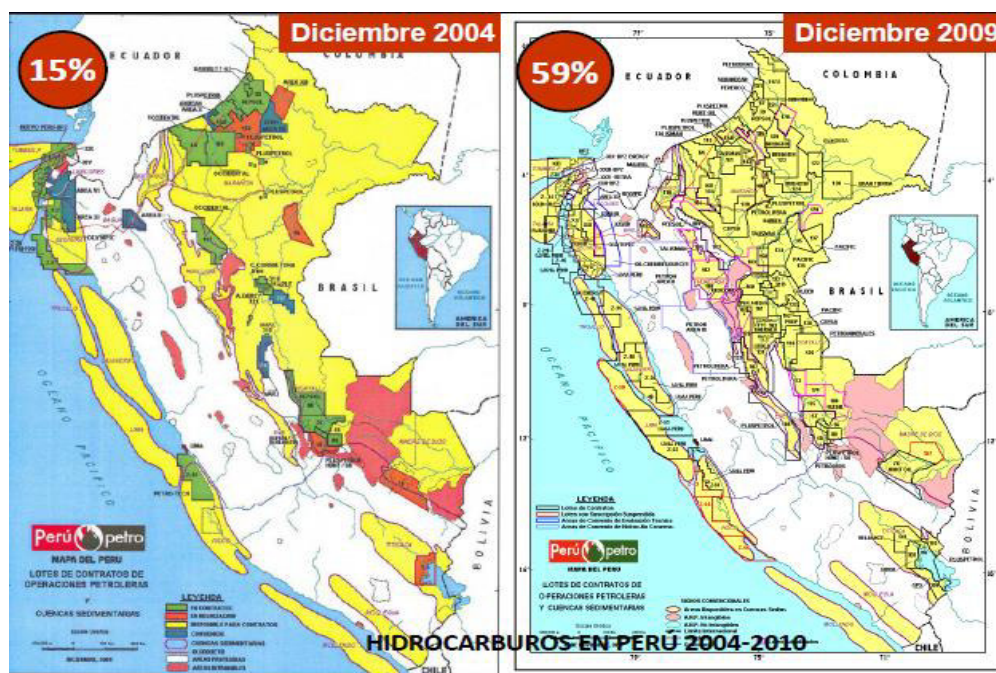
5.2.3. INTANGIBILIDAD DE LAS RESERVAS Y EXTRACCIÓN DE RECURSOS

5.2.3.1. CONTEXTO DE SUPERPOSICIONES INVERSIONES EN RESERVAS TERRITORIALES E INDÍGENAS DE PUEBLOS AISLADOS

El olvido histórico de los pueblos indígenas y sus derechos se ha acentuado más en la situación de indefensión de los pueblos indígenas aislados, más aún en la

ausencia clara del Estado en la Amazonía peruana, para el cual esta es un espacio de extracción de recursos naturales, mas no donde deba proteger el derecho de los pueblos indígenas.

MAPAS COMPARATIVOS DE AUMENTO DE LOTES DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ CON AGREGADOS DE PORCENTAJES DEL ESPACIO CUBIERTO POR ESTOS EN LA AMAZONÍA PERUANA 2004-2009



Elaboración del autor. Fuente: <http://www.perupetro.com.pe> [31/01/2006 y 10/11/2008]

Quizás por la falta de seguridad energética²⁷³ y la primacía de los intereses corporativos, de los 78 millones de hectáreas que representan la Amazonía peruana de toda la cuenca amazónica, casi 55 millones de hectáreas tienen lotes de hidrocarburos. En los últimos 5 años (2003-2008)²⁷⁴, el 71% de la Amazonía peruana ha sido lotizado a través de una incoherente e irresponsable política de inversión de hidrocarburos.

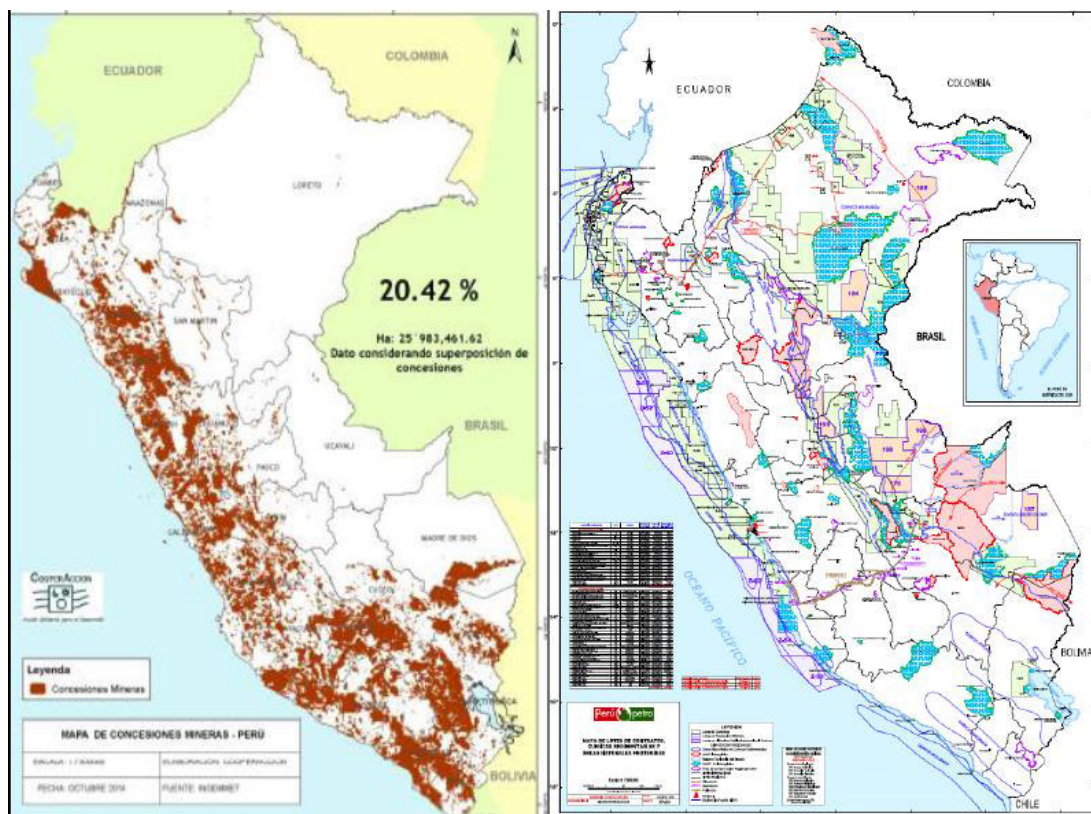
Esto no ha cambiado, pues en los últimos años, proyectos eléctricos, concesiones mineras y lote de hidrocarburos se han superpuesto estas inversiones en tierras indígenas y de proyectos aislados, que continua promoviéndose desde el

²⁷³ GAMBOA, César. "(In)sostenibilidad de los hidrocarburos en la cuenca amazónica peruana", en G. Fontaine y A. Puyana, eds., *La guerra del fuego. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO / Ministerio de Cultura de Ecuador. Quito, 2008.

²⁷⁴ Datos recogidos del Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana IIAP y el Instituto del Bien Común IBC, 2007. <http://www.ibcperu.org.pe> [consulta 30/04/2007]. Actualizado por el Colectivo AP Hidrocarburos, http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/colectivo_APeh.pdf [01/11/2008].

gobierno nacional y los gobiernos subnacionales, especialmente en el sector de infraestructura:

MAPAS DE CONCESIONES MINERAS 2014 Y MAPA DE LOTES DE HIDROCARBUROS DE 2016



Fuente: Mapa Minero elaborado por Cooperación; <http://www.perupetro.com.pe> [31/01/2016]

Los lotes otorgados mediante proceso de licitación pública en el año 2007 y 2008 se superponen con varias áreas naturales protegidas y reservas territoriales para pueblos indígenas aislados en la Amazonía y con ello²⁷⁵, aumentan los posibles impactos socioambientales a ámbitos regionales de conservación de la biodiversidad tan importantes para la seguridad alimentaria y de diversidad biológica de nuestras futuras generaciones.

Las actividades de hidrocarburos generan también graves amenazas hacia los pueblos indígenas aislados. Además del aumento de la frontera agrícola, la colonización de la Amazonía, la tala ilegal de la madera, el narcotráfico, las actividades de hidrocarburos se suman a las amenazas que deberán enfrentar estos

²⁷⁵ GAMBOA, César. “(In)sostenibilidad de los hidrocarburos en la cuenca amazónica peruana”, Op. Cit., pp. 219 y ss.

pueblos. Si bien la legislación nacional permite el desarrollo de las actividades extractivas en las zonas donde habitan estos pueblos.

Los principios de protección desarrollados en el ámbito internacional, en la legislación comparada, y en la doctrina jurídica, han señalado que las áreas reconocidas legalmente para los pueblos indígenas aislados deben ser intangibles y no permitirse ningún tipo de actividad foránea hasta que ellos decidan contactarse con la sociedad nacional; de hecho, justo en el momento más complicado en el proceso de promoción de hidrocarburos, donde se superponía varios lotes en tierras donde se movilizaba o habitaban pueblos indígenas aislados, especialmente en las reservas territoriales reconocidas. Se produjeron muchas críticas de organizaciones indígenas y de sociedad civil, y la respuesta del gobierno en ese entonces, fue del propio presidente de la República, conocido como el “Síndrome del Perro del Hortelano”, en alusión a que los indígenas son dueños de ingentes tierras pero que no permiten las inversiones y que por tanto, no dejan que el Perú se desarrolle. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, los “no contactados”, se afirmó que era un invento de organizaciones de sociedad civil, que ellos no existían en la Amazonia, meses después, se descubrieron varios pueblos:

“Y contra el petróleo, han creado la figura del nativo selvático 'no conectado'; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruano debe quedarse bajo tierra mientras se paga en el mundo US\$90 por cada barril. Es preferible para ellos que el Perú siga importando y empobreciéndose”²⁷⁶.

Entonces, la superposición de lotes de hidrocarburos sobre reservas territoriales a favor de los pueblos indígenas aislados pondría en grave amenaza los derechos humanos de estos pueblos. Además, el proceso de otorgamiento de lotes se encuentra reñido con el concepto de desarrollo sostenible, el cual busca un equilibrio en la dimensión social, ambiental y económica de las actividades humanas, y con el art. 1 de la Constitución de 1993, el cual señala que la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, y con diversos tratados internacionales de derechos humanos. Ello acarrearía sanciones internacionales para el Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁷⁷.

²⁷⁶ Ex Presidente Alan García, “Síndrome del Perro del Hortelano”, *Diario El Comercio*, 28 oct. 2008.

²⁷⁷ La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana AIDESEP interpuso dos solicitudes de medida cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por la

En ese sentido, citando a Falcón en su análisis con respecto a la validez de las normas²⁷⁸, los contratos petroleros y las normas que lo aprueban pueden ser cuestionadas tanto por su validez formal o material, es decir, por contradecir normas constitucionales y por considerarse ilegítimas ante los derechos de los pueblos indígenas aislados y la conservación de la biodiversidad donde habitan y de donde dependen.

CUADRO 43 LISTADO DE SUPERPOSICIÓN DE LOTES DE HIDROCARBUROS CON RESERVAS TERRITORIALES PARA PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS DE FORMA IRREGULAR HASTA NOVIEMBRE DE 2008

EMPRESA TITULAR / OPERADOR	LOTES EN LA AMAZONÍA	DEPARTAMENTO / REGIÓN	RESERVAS TERRITORIALES PARA PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS
Pluspetrol, Hunt Oil, Sk Corp	88	Cusco	Kugapakori, Nahua
Petrobrás	110	Ucayali	Murunahua
Sapet	113	Madre de Dios	Madre de Dios
Pacific Stratus	138	Ucayali	Isconahua
Total	04 Lotes	03 Departamentos	04 Reservas Territoriales

Fuente: Elaboración del autor; <http://www.perupetro.com.pe> [consulta 10/11/2008]

Por la presión internacional y nacional ejercida por las organizaciones indígenas, organizaciones no gubernamentales²⁷⁹, y la Defensoría del Pueblo²⁸⁰, Perupetro S.A. y el Ministerio de Energía y Minas se abstuvieron a seguir ofreciendo lotes de hidrocarburos superpuestos a reservas territoriales el 2008. De hecho, esto se debe más a una cuestión impostada que a un real convencimiento estatal de la importancia de mantener en intangibilidad las zonas donde habitan pueblos indígenas aislados, puesto que hay zonas donde ellos viven y que aún no han sido declaradas como reservas, y donde el Estado peruano ya ha otorgado lotes (caso Cashibo Cacataibo o Napo Tigre).

superposición de lotes sobre la RT Kugapakori (Lote 88 de Pluspetrol) y propuesta de RT Napo Tigre (Lotes 67 de Barrett y 39 de Repsol YPF). La primera solicitud ha seguido un proceso de audiencias e informes de partes, ver Cueto et al., 2008, 43-7.

²⁷⁸ FALCÓN Y TELLA, María, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 34-6.

²⁷⁹ Comunicado del Colectivo de organizaciones de la sociedad civil Áreas Protegidas - Hidrocarburos, "Por una política de inversión informada e inclusiva. El Ministerio de Energía y Minas y Perupetro S.A. deben detener las políticas de inversión que atentan contra la conservación de la biodiversidad y los derechos humanos", Diario La República, 19 de abril de 2007, 5.

²⁸⁰ La Defensoría del Pueblo señaló que el Estado debe abstenerse de otorgar derechos a particulares que posibiliten actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que pongan en peligro los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial.

Tal como señala Clavero, podemos llamar la situación de vulneración de los pueblos indígenas aislados de la amazonia como un ecocidio, etnocidio, y estamos frente a un genocidio²⁸¹, que se ignora, tanto el acto que involucra un genocidio como la determinación de la víctimas de genocidio como son los pueblos indígenas aislados frente a los contactos forzados y acciones estatales, actos que pueden estar sancionados por la Convención contra el Genocidio²⁸².

Es claro que los “riesgos” a considerar frente al problema social de falta de protección que viven estos pueblos en estado de indefensión se pueden manifestar en la ausencia de una protección eficaz bajo un enfoque de derechos humanos; la constante e histórica irresponsabilidad del Estado frente a la situación de estos pueblos; la existencia de discursos excluyentes para su protección; la ausencia de espacios de diálogo, grupos de trabajo y temas de consenso sobre la protección de un objeto común de protección y estudio: la unidad integral de biodiversidad cultural; la existencia de agendas políticas excluyentes e intereses contradictorios de las elites políticas y actores económicos; y, la ausencia de una propuesta concreta de protección de los pueblos indígenas aislados²⁸³.

5.2.3.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES EN LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS

Cabe señalar que son muchas las normas internacionales y nacionales que buscan tutelar los derechos fundamentales y colectivos (a la vida, salud, integridad y demás derechos territoriales) de los pueblos indígenas aislados, así como evitar el estado de vulneración a la que se ven sujetos, normas que se están incumpliendo al poner en grave amenaza a estos pueblos y que son las siguientes:

1. Los artículos 7° y 17° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, con respecto al derecho de igualdad ante la ley y el respeto al derecho de propiedad;

²⁸¹ CLAVERO, Bartolome, *Genocide or ethnocide, 1933-2007: how to make, unmake and remake law with words*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 8 y 11.

²⁸² Ibid. pp 225-6.

²⁸³ Exceptuándose para los casos concretos como el plan de protección para la reserva territorial de los Nahua, Kugapakori del año 2005.

2. El artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966;
3. El artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966;
4. El artículo 5° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, relacionado al respeto al derecho de propiedad y “en asociación con otros”;
5. Aplicación integral de las disposiciones del Convenio N° 169 en todo en cuanto le favorece a los grupos culturales en aislamiento voluntario y contacto inicial, especialmente los artículos 1°, 2°, 3°, 13°, 15° y 18° (sobre el derecho de “Tierras”);
6. El artículo 1° de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos adoptada en San José el 22 de noviembre de 1969, referido al respeto de los derechos humanos de las personas sin discriminación por su identidad cultural.

En general, en opinión del Relator de Naciones Unidas, la ausencia de políticas de protección a favor de los pueblos indígenas aislados, no sólo se debe a un marco legal débil sino a un desinterés estatal:

“33. Especialmente compleja es la problemática que surge cuando distintas disposiciones legales relativas a los pueblos indígenas no han sido suficientemente bien interpretadas por distintas instancias del Estado o cuando los principios constitucionales de protección de los derechos humanos van siendo progresivamente diluidos a través de las normas legales subsidiarias. Un caso ilustrativo de este dilema se ha venido dando en el Perú, en donde el Decreto Ley N° 22175 rige las reservas territoriales de los pueblos indígenas “en aislamiento voluntario o contacto inicial”. De las cinco reservas territoriales existentes, todas han sido delimitadas pero se superponen con concesiones mineras, de hidrocarburos o forestales que vulneran diversos derechos individuales o colectivos de los pueblos indígenas. El Estado no ha definido aún la política, el marco jurídico ni la institucionalidad necesaria para la protección de los derechos de las comunidades indígenas de la Amazonía peruana. Se ha podido constatar el daño producido a estos pueblos por diversos agentes sociales y económicos que entran en contacto permanente con ellos”²⁸⁴.

Actualmente, pese que el Estado ha definido un marco legal aún incoherente, no tiene el interés de implementarlo. En cuanto a la aplicación de políticas públicas, normas e instrumentos de planificación en la protección de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto Inicial, podemos reseñar las siguientes normas:

²⁸⁴ Las Cuestiones Indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo

1. Los artículos 1°, 2° (incisos 1, 2 y 19) y 22° de la Constitución Política de 1993 con respecto a los derechos individuales de identidad, integridad moral psíquica y física, e igualdad ante la ley, entendiendo que ante un conflicto de derechos, el Estado debe ponderar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas aislados frente a otras políticas de Estado;
2. Los artículos 7°, 8° y 10° del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario en las Regiones de Selva y Ceja de Selva, sobre demarcación y titulación de tierras para comunidades nativas, en todo en cuanto le favores a los pueblos indígenas aislados de la RTKN en el proceso de reconocimiento de sus tierras a través de la reserva territorial;
3. El artículo 136° del Código Civil de 1984 sobre la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, extendiéndose su protección a los derechos territoriales que pudieran gozar los pueblos indígenas aislados;
4. El “Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios”, publicado el 24 de julio de 2001 elaborado por la Secretaría Técnica de la “Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas” (Acápite G, Objetivo G.1), el cual señala como política nacional la priorización de la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial;
5. Otras recomendaciones e instrumentos de planificación de políticas nacionales que señalan un tratamiento prioritario a grupos humanos que se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad como son el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2011.

En cuanto a la aplicación de políticas públicas e instrumentos de planificación en la protección de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, podemos evaluar el cumplimiento de los siguientes instrumentos y normas:

1. Decreto Supremo N° 028-2003-AG que eleva de categoría normativa el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas aislados de la RTKN a través de la implementación de la intangibilidad de la reserva territorial

(prohibición de asentamientos poblaciones foráneos; prohibición de actividades culturales y actividades de aprovechamiento de recursos naturales):

“Artículo 3°.- Garantícese la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes.

En tal sentido queda **prohibido el establecimiento de asentamientos humanos** diferentes a los de los grupos étnicos mencionados en el artículo 2°, al interior de la reserva territorial así como el **desarrollo de actividades económicas**. Asimismo queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales.

Precísese que todo ingreso de terceros, sean éstos públicos o privados, con fines asistenciales, de salud, investigación y otros requiere la autorización previa de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - CONAPA, así como la puesta en conocimiento de las organizaciones indígenas de la zona.

Precísese además que aquellos derechos de aprovechamiento de recursos naturales actualmente existentes deberán ejercerse con las máximas consideraciones para garantizar la no afectación de los derechos de las poblaciones indígenas que habitan al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes, siguiendo las directivas que al respecto deberá establecer la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – CONAPA”.

2. Decreto Supremo N° 024-2005-PCM, publicado el 29 de marzo de 2005, que crea la Comisión que formulará Anteproyecto de Ley para protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o contacto inicial, en el cual se menciona obligaciones para el Estado que ha dejado de cumplir:

“DISPOSICIÓN FINAL

Única.- En tanto se dicten los dispositivos jurídicos pertinentes que regulen el régimen de protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, el Gobierno Nacional en coordinación con los gobiernos regionales y locales garantizará la vigencia de las resoluciones ministeriales y las resoluciones directorales regionales que reconocen reservas.

Las reservas territoriales existentes a la fecha son las siguientes:

- Resolución Directoral Regional N° 189-97-CTARU/DRA, que crea la Reserva Territorial a favor del grupo etnolingüístico Murunahua, en el ámbito del departamento Ucayali.
- Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA, que crea la Reserva Territorial a favor del grupo etnolingüístico Mashco-Piro, en el ámbito del departamento Ucayali.
- Resolución Directoral Regional N° 000201-98-CTARU/DRA-OAJ-T, que crea la Reserva Territorial a favor del grupo étnico Ishconahua, en el ámbito del departamento Ucayali.
- Resolución Ministerial N° 0427-2002-AG, que establece como Reserva del Estado en el área ocupada por los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Madre de Dios, en el ámbito del departamento de Madre de Dios”.

3. Ley N° 28495 de 6 de abril de 2005, Ley de creación del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) tiene como función desarrollar un tratamiento prioritario a favor de los pueblos

indígenas aislados, sin embargo, esta norma no sólo se ha incumplido con los pueblos que se encuentran en reservas territoriales, sino en propuestas de reservas o en áreas naturales protegidas:

“Artículo 13.- Tratamiento prioritario

El INDEPA da un tratamiento prioritario a los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano que se encuentren en zona de frontera y aquellos que se encuentren en aislamiento voluntario”.

4. Plan de Protección de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori, aprobado por Resolución Presidencial N 018-2005-INDEPA-PE de fecha de 07 de septiembre de 2005, señala tareas específicas de prevención, protección y monitoreo constante alrededor de la RTKN. Esta norma nunca fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, siendo un requisito obligatorio para su eficacia o vigencia, la de la publicación (art. 51° de la Constitución). Ello demuestra una vez más dos elementos importantes confirmados en nuestro análisis: el primero, el grado de desinterés del Estado en cuanto a cumplir las formalidades en el proceso de protección a favor de los pueblos indígenas aislados de la RTKN; y la debilidad institucional en la que siempre se encontró INDEPA, ya sea por falta de capacidades humanas o de capacidad política para tomar decisiones en la protección a favor de los pueblos indígenas aislados.
5. Recomendaciones del Informe Defensorial N° 101 “Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial”, publicada el 17 de noviembre de 2005, aprobado por Resolución Defensorial N° 032-2005-DP; y del Informe Defensorial N° 103 “El Proyecto Camisea y sus Efectos en los Derechos de las Personas” (2006), las cuales señalan la necesidad por implementar mecanismos de protección estricta a favor de los pueblos indígenas aislados de la Amazonía peruana, especialmente los que habitan en la RTKN.

En consecuencia, todas estas normas y recomendaciones no se han implementado rápidamente ni considerado el carácter prioritario de dichas acciones frente a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Un ejemplo de ello es, como veremos más adelante, la falta de implementación del régimen de protección transectorial especial a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la amazonía peruana y el incumplimiento de la Ley N° 28736 y su reglamento.

La Ley N° 28736 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES), que crean y estructuran el Régimen Transectorial de Protección Especial a Favor de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Amazonía Peruana no se han implementado por la indiferencia y falta de interés del Estado peruano. La Ley N° 28736 entró en vigencia el 19 de mayo de 2006 y en estos dos años, aún no se ha implementado o cumplido en su totalidad sus disposiciones.

Además, hay normas específicas de salud relacionadas a medidas de prevención para evitar contactos con los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y el reconocimiento de su situación de vulnerabilidad, en cuanto se señala que como medidas preventivas, las que estén orientadas a “evitar que se promocióne o propicie un posible contacto con miembros de los pueblos indígenas en aislamiento, atendiendo a su derecho de libre determinación” (Norma Técnica de Salud: Prevención, Contingencia ante el Contacto y Mitigación de Riesgos para la Salud en Escenarios con Presencia de Indígenas en Aislamiento y en Contacto Reciente, Resolución Ministerial N° 799-2007-MINSA de 25 de septiembre de 2007):

“Principio de Prevención. Dado que no son posibles intervenciones directas de salud en los pueblos IA (Indígenas en Aislamiento), las acciones están orientadas a la preparación logística y financiera para actuar cuando sea necesario, además de evitar y denunciar cualquier intento de contacto”²⁸⁵.

“Principio de Alta Vulnerabilidad. El contacto significa, para los IA (Indígenas en Aislamiento), un riesgo muy alto de enfermar y morir debido a que no han desarrollado una respuesta inmunológica adecuada para gérmenes comunes, por lo que de suceder el contacto, este constituye una EMERGENCIA y debemos estar preparados para afrontarla y mitigar sus efectos negativos en la vida y salud de los ICR (Indígenas en Contacto Reciente) e ICI (Indígenas en Contacto Inicial)”²⁸⁶.

5.2.3.3. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE RESERVAS TERRITORIALES E INDÍGENAS

Definido el alcance dogmático jurídico y el carácter teleológico de las reservas territoriales hasta el momento, es necesario establecer los principios básicos de un sistema de protección especial de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial. Estos principios son los siguientes:

²⁸⁵ Guía Técnica Atención de Salud a Indígenas en Contacto Reciente y en Contacto Inicial en Riesgo de Alta Morbimortalidad, Resolución Ministerial N° 798-2007-MINSA de 25 de septiembre de 2007.

²⁸⁶ Guía Técnica de Relacionamiento para Casos de Interacción con Indígenas en Aislamiento o en Contacto Reciente, Resolución Ministerial N° 797-2007-MINSA de 25 de septiembre de 2007.

1. Carácter teleológico del régimen especial de protección: proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, en el cual se integran normas, instituciones y procedimientos del Estado para que actúen coordinadamente para cumplir dicha finalidad;
2. Carácter extraordinario y especial del régimen de protección: primacía de aplicación de derechos humanos frente a los principios constitucionales o legales de la estructura jurídica nacional y de las instituciones de la sociedad civil (económicos, sociales, político, culturales) dentro del espacio de protección o de las normas de aplicación del régimen especial de protección;
3. Naturaleza jurídica de sujeto de derecho a proteger: un pueblo indígena aislados o parte de este que se encuentra en estado de indefensión frente a las actividades del Estado o de los agentes económicos en la Amazonía;
4. Objeto jurídico de protección: se protege la unidad integral de biodiversidad cultural²⁸⁷, concepto que se construye sobre la base del concepto de sujeto de derecho que se desprende los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y que cautela un derecho a un ambiente sano y físicamente equilibrado y el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente los pueblos aislados que se encuentran en estado de indefensión;
5. Herramienta jurídica “sui generis”: Reserva territorial “comprendería el concepto de unidad integral de biodiversidad cultural”.

Bajo estos principios ordenadores, se construye la propuesta de protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas aislados. El marco jurídico que se vislumbra plantea la titularidad de los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Asimismo, la titularidad recae en estas colectividades y el ejercicio de estos derechos se realiza de manera colectiva o individual. Al establecer el marco de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la propuesta debe materializar estos derechos

²⁸⁷ Se ha desarrollado el concepto de “corredor ecológico cultural” (Mesa de Trabajo “Situación de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”, organizado por el Programa de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo en Lima, el 27 de mayo de 2003). La “unidad integral de biodiversidad cultural” comprendería la subjetividad jurídica “indígena” a tutelar, por el cual el concepto de persona, en el mundo indígena, se extendería a los recursos naturales (ríos, bosques, tierras, astros, etc). Este es un concepto aún meta jurídico que se debe comenzar a elaborar como propuesta de herramienta de derecho humano y del régimen especial de protección.

sobre la base del derecho colectivo a gozar de una identidad, a gozar de una autonomía colectiva y a un “territorio” garantizado y protegido.

Sobre la base de la eficacia de estos derechos, se construye el carácter de protección de la unidad integral de biodiversidad cultural, entre las cuales se encuentra la intangibilidad de las reservas territoriales bajo las siguientes restricciones:

1. Prohibición de asentamientos poblacionales distintos a los pueblos indígenas aislados;
2. Prohibición de actividades culturales distintas al de los pueblos aislados; y,
3. Prohibición de actividades económicas en estos territorios, especialmente actividades extractivas.

Asimismo, se debe incluir una “cláusula de derecho exclusivo de aprovechamiento de los recursos naturales y la protección de su derecho de propiedad” de estos pueblos, dejando en claro que las reservas territoriales se establecen para beneficiar única y exclusivamente a los pueblos indígenas que habitan en ella, en situación de no contactados, y no sólo para proteger un derecho de propiedad expectatio, sino todos los derechos colectivos de los cuales son titulares estos pueblos.

La integración de los discursos de conservación de la biodiversidad e indígena se basará en el sistema mixto de protección a través de la defensa de la unidad integral de biodiversidad cultural, concepto con el cual se protegerá a los pueblos indígenas aislados y sus habitas. Sobre la base de este concepto, se construirán las herramientas normativas, institucionales y procedimentales para la protección y la intangibilidad de las reservas territoriales.

Para ello, se deben desarrollar ciertos presupuestos del régimen especial de protección de los pueblos indígenas aislados. Antes que nada, la reserva territorial para los pueblos indígenas aislados se convierte en una herramienta de conservación de biodiversidad y de protección cultural como un corredor ecológico cultural (“unidad integral de biodiversidad cultural”), es decir, un componente de biodiversidad amalgamado al socio cultural de estos pueblos aislados en situación de indefensión; y un régimen especial (dimensión orgánica del sistema de protección) oponible a cualquier principio del ordenamiento jurídico en interpretación *pro juris*

hominun y en primacía de los derechos humanos de estos pueblos (dimensión subjetiva del sistema de protección). Para ello, el carácter de intangibilidad de las reservas territoriales es esencial así como demás mecanismos de protección (protocolización con instrumentos de contacto inicial a través de estudios multidisciplinarios; sistema de medidas de prevención, adecuación y sanción de las normas que regulan el régimen; obligaciones, infracciones y sanciones señalados hacia conductas violatorias del régimen de la reserva territorial por parte de terceros o entidades del Estado; planes integrales de salud y educación; planes de contingencia frente a posibles contactos iniciales no previstos, etc).

En general, el contenido de una regulación exhaustiva de los derechos de los pueblos indígenas aislados de la amazonia debe ser preservar los derechos sobre su territorio (prácticas culturales y materiales) y sus tierras (derecho de propiedad); preservar los derechos de aprovechamiento con fines de subsistencia de los recursos naturales del área (derecho a administrar los recursos naturales); garantizar la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras; y designar a las autoridades competentes para garantizar los derechos que asisten a los pueblos localizados en dicha área.

El punto en común entre la conservación de la biodiversidad y la protección de los pueblos indígenas aislados se desarrolla bajo el “principio de intangibilidad de los territorios de pueblos indígenas aislados”, es decir, frente a la vulneración de sus derechos, la fragilidad de su salud individual y colectiva, respeto a su identidad cultural, conservación de los hábitos con los cuales mantienen una interdependencia, es necesario una protección estricta de sus territorios o lugares donde transitan hasta que ellos decidan contactarse o se obtenga una mejor forma de lograr una relación dialógica entre la sociedad nacional y estos pueblos.

Finalmente, las condiciones para la protección de los pueblos indígenas aislados en la forma del diálogo entre actores deben desarrollarse para la búsqueda de compromisos políticos y sociales entre organizaciones indígenas y de conservación de biodiversidad (a nivel local, regional, nacional y amazónico) para la protección de los ámbitos de los pueblos indígenas aislados (durante el proceso de diálogo) a través de una agenda común para la conservación de la biodiversidad y protección de los pueblos indígenas aislados como mejorar los marcos legales, técnicos e institucionales para la protección de pueblos indígenas aislados dentro de áreas protegidas; apoyar el fortalecimiento de las iniciativas públicas a favor de la

protección de aislados (sistemas autónomos de protección); apoyar estos sistemas autónomos de protección a nivel institucional, normativo y procedimental; y mejorar la coordinación entre Estados, organizaciones de conservación e indígenas cuando se superponen territorios para pueblos indígenas aislados y áreas protegidas.

Otro ejemplo del grado de desinterés del Estado por proteger a estos pueblos es la contradicción normativa del artículo 4° de la Ley N° 28736 con el art. 5°, literal c) de la misma. En el art. 4° se menciona el respeto a la autodeterminación y a su derecho a mantenerse aislado, en todo caso, a decidir cómo relacionarse con el Estado y la sociedad, protegiendo su vida y su salud. La forma más estricta, eficaz y coherente de protección es a través de la intangibilidad de sus territorios, prohibiendo cualquier contacto con estos pueblos hasta que decidan contactarse, modelo que se está implementando en Brasil, Ecuador y Bolivia:

“Artículo 4°- Derechos de los miembros de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial

El Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:

- a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles;
- b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado;
- c) Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad;
- d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida;
- e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia; y,
- f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria”.

Esta norma entra en franca contradicción con el art. 5°, literal c) tensiones normativas en más de una ocasión. Un ejemplo de ello es el artículo de la mencionada ley, por cuanto se permiten actividades extractivas dentro de las áreas reconocidas como territorios o tierras de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial:

“Artículo 5°.- Carácter intangible de las reservas indígenas

Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:

- a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior;

- b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas;
- c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habitan y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley; y,
- d) Los pueblos indígenas que las habitan son los únicos y mancomunados beneficiarios de la misma”.

5.2.4. MECANISMOS DE MITIGACIÓN: CASO RESERVA NAHUA KUGAPAKORI Y NANTI RTNK

Existen estudios previos sobre la situación de vulneración de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial que señalan de manera precisa todos los impactos ambientales y sociales producidos por las actividades de hidrocarburos²⁸⁸. Es por ello que se centrará en un caso en particular que demuestre mecanismos que permitan mitigar impactos a los derechos de estos pueblos. Existen criterios formales (jurídicos y de planificación) que servirían como indicadores para determinar los avances en la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la RTKN, objetivo final de muchas de estas normas e instrumentos y de los compromisos asumidos por el Perú ante el Banco Interamericano de Desarrollo BID en el marco del proyecto energético del Gas de Camisea.

Los criterios a ser utilizados como avances o retrocesos en la protección de los pueblos indígenas en aislamiento en la RTKN, bajo el concepto del respeto de la intangibilidad de sus territorios, son los siguientes:

1. Cumplimiento de instrumentos internacionales e instrumentos de planificación en la protección y normas específicas (Ley N° 28736 y su Reglamento);
2. Compromisos IV y XVII del Estado peruano con el Banco Interamericano de Desarrollo BID en el marco del Proyecto Energético del Gas de Camisea;
3. Cumplimiento de las disposiciones del Decreto Supremo N° 028-2003-AG;

²⁸⁸ CARHUATOCTO, Henry, *Los Derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*, Tesis de Maestría en Derecho, UNMSM, Lima, 2013, pp 360 y ss.

4. Cumplimiento e implementación del Plan de Protección de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua, Nanti y Otros;
5. Cumplimiento con las recomendaciones de los Informes Defensoriales N° 101 y N° 103;
6. Coherencia de las prácticas estatales frente a la política de protección de los pueblos indígenas aislados;
7. Coherencia y Cumplimiento de las Normas de Protección por otros Actores.

5.2.4.1. ESTÁNDARES DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID

Varios de los compromisos asumidos por el Estado peruano ante el BID para la ejecución del Préstamo N° 1441, en relación a mejorar los estándares ambientales y sociales del Proyecto del Gas de Camisea, fortaleciendo a las instituciones del Estado y asumiendo funciones priorizadas y claras, están relacionados con las comunidades nativas del Bajo Urubamba, especialmente Machiguengas, y de las que se encuentran en aislamiento y en contacto inicial de la RTKN.

Uno de los compromisos más importantes asumidos por el Estado peruano en función al préstamo que recibió del BID era “Mejorar la normatividad existente para que se otorgue protección a la RTKN, teniendo en cuenta que el Gobierno del Perú participa en el convenio de la OIT 169. Este compromiso incluye la expedición de un decreto que inmediata y temporalmente mejore el nivel de protección de las comunidades de manera que se restrinjan nuevas actividades extractivas dentro de la mencionada reserva (más allá de lo que está contemplado para el Proyecto Camisea) en tanto un nivel de protección apropiada y permanente quede establecida” (Compromiso IV)²⁸⁹.

La Reserva Territorial fue creada en 1990 (Resolución Ministerial N° 046-90-AG/DGRAAR) y elevada su rango normativo para una mejor protección en el año 2003 (Decreto Supremo N° 028-2003-AG) a raíz de los posibles impactos del proyecto del Gas de Camisea en los derechos a la vida, salud y medio ambiente de estos pueblos. El objetivo principal de este compromiso es lograr una protección legal y técnica eficiente de la RTKN, a través de instrumentos que busquen restringir

²⁸⁹ Ver http://www.camisea-gtci.gob.pe/archivos/compromisos/mision_bid.pdf

las actividades extractivas dentro de dicha reserva. Ciertamente, como vamos a apreciar, este objetivo no se ha cumplido.

El Plan de Acción del Estado peruano de los 21 compromisos, presenta cuatro acciones a desarrollar:

1. Emitir un decreto provisional;
2. Desarrollar procedimientos para trabajar en áreas de comunidades no contactadas (“Protocolo de Relacionamiento”);
3. Identificación y análisis de mecanismos y opciones;
4. Mecanismos propuestos de protección permanente de la reserva.

Con respecto a la acción 1, en el año 2003, se aprobó el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, mediante el cual se establece la “Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros”. La importancia de esta norma radica en que establece obligaciones estatales a favor de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento por lo que las actividades a desarrollarse en esta Reserva, deberían estar en función de esta norma y del plan de protección de la reserva, aprobado por una Resolución Presidencial del INDEPA el año 2005 (aprobado por Resolución Presidencial N 018-2005-INDEPA-PE de 07 de septiembre de 2005).

En relación a la acción 2, en coordinación con la entonces denominada CONAPA, se elaboró un Protocolo de Relacionamiento, así como un Mapa de Estudio Antropológico que busca actualizar el conocimiento antropológico, social y económico de las diversas poblaciones nativas en dicho ámbito. Sin embargo, no se tiene información de que este Protocolo de Relacionamiento, haya sido implementado o se haya utilizado. Estos instrumentos de protección no han sido formalmente aprobados por normas del sector, lo que imposibilita su adecuado cumplimiento y el grado de obligatoriedad para el Estado.

En junio del 2005, se elaboró el “Plan de Protección y Defensa de los Pueblos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”, en el marco del cumplimiento de la acción 3, en donde el MINSA se hace cargo de los componentes críticos del Plan relacionados al tema salud. Sin embargo, en la matriz de seguimiento a julio del 2006 del GTCI Camisea no hay información referida a la implementación del Plan, ni la

forma como se vienen utilizando los instrumentos señalados anteriormente, a pesar de ser el GTCI Camisea el ente coordinador.

Por su parte, el INDEPA, hoy absorbida por el Ministerio de Cultura, cuenta con una “Matriz de Seguimiento de Planes de Acción”, en los cuales se señalan 2 actividades: a) Mejorar la Normatividad y procedimientos de las compensaciones e indemnizaciones para asegurar un trato equitativo (Compromiso XV); y b) Acelerar la implementación del Plan de Protección y Defensa de la Reserva Nahua Kugapakori (Compromisos IV y XIV). Esta segunda actividad tiene los siguientes componentes:

1. Implementar Convenios entre DIRESAs, INDEPA y MINSA para ejecutar el componente de salud y coordinaciones interinstitucionales;
2. Estudio de Línea de Base Social – Convenio con la Universidad San Marcos;
3. El establecimiento de los linderos de la RTKN - Convenio con el PETT, a efectos de tener un catastro oficial de la Reserva y abordar el tema de la definición del estatus de la zona norte de la RTKN (Santa Rosa de Serjali);
4. Implementación de tres Puestos de Control y Vigilancia Ciudadana – INDEPA:
 - a. Puesto de Serjali,
 - b. Puesto Río Ticumpinia (límite de la Comunidad Nativa de Sababantiari), y
 - c. Puesto Cashiari (encuentro de los ríos Cashiari y Camisea).

Con respecto al componente 1, INDEPA señala que se han realizado avances al 100%, en el año 2006, los mismos que consisten en la realización del segundo ingreso a la reserva del programa de Atención Integral en Salud de DIRESA Cusco, un segundo y tercer ingreso a la reserva del programa de Atención Integral en Salud de DIRESA Ucayali, y la compra de implementos para la conservación de vacunas. Además, en el año 2007 se adquirieron medicinas para atención integral en salud de dicha reserva.

Cabe señalar que en el año 2005, se aprobó el Plan de Salud del Bajo Urubamba 2005-2007, del MINSA, en el cual se propone una serie de acciones que buscan principalmente: (1) Prevenir y controlar el impacto ambiental del proyecto, (2) Vigilancia de la Salud Pública; y (3) Lograr una buena gestión en salud.

De acuerdo a la información brindada por DIGESA, en la actualidad el MINSA viene realizando el fortalecimiento de las DESAs Cusco, Ayacucho,

Huancavelica e Ica, a través de la adquisición de equipos de campo y de equipos de cómputo, y la Dirección Regional de Salud del Cusco en coordinación con las Direcciones Regionales del MINSA, elaboró el “Plan de Intervención en Salud en el Bajo Urubamba Cusco 2005-2007”.

Por otro lado, el PETT actualmente viene realizando acciones de georeferenciación en la zona de Quillabamba Cusco; ha logrado la georeferenciación de 27 comunidades nativas de las 28 programadas y se han previsto seis comunidades adicionales a través de addenda al Convenio con la Municipalidad de Echarate. Sin embargo, no se ha informado acerca de las acciones que en coordinación con el INDEPA vendría llevando a cabo en el tema del linderamiento de la RNKN, a pesar que de acuerdo al Plan de Acción de INDEPA se tendrían que haber realizado las acciones de coordinación entre ambas instituciones en el mes de enero del presente año.

Entre diciembre del 2006 y enero del 2007, se construyó el Puesto de Control Comunitario “Serjali” y de “Sababantiari”, adquiriéndose además tres botes de madera (“peke peke”) para dichos puestos y un bote de aluminio (“chalupa”) para la sede de Sepahua, encontrándose en proceso de implementación de los mismos.

Todas estas actividades deben responder efectivamente a lograr la intangibilidad de la RTKN, sin embargo, por los discursos y pocos avances en el tema, el ingreso es aún permitido y no se ha podido proteger integralmente a estos pueblos. Para asegurar ello, era necesario “procurar los recursos necesarios y suficientes, durante la vida del proyecto, para que se logre la implementación de los planes de manejo del Parque Nacional Otishi, las Reservas Comunales de Ashaninka y Machiguenga, del Santuario Megatoni (una vez creado), del área mejorada a fijarse de la Reserva NahuaKugapakori y de la Reserva Nacional de Paracas” (Compromiso X), recursos económicos que se han tenido que ejecutar hasta este año, por lo que el retraso de las actividades demuestra una vez más una falta de priorización de políticas públicas a favor de la protección de los pueblos indígenas aislados de la RTKN:

“Comentó que aún tienen pendiente la finalización de algunas actividades, entre las que figuran la creación de un portal del Plan de protección en el portal Web del MIMDES, comentó que se espera hacerlo en febrero del 2008; el linderamiento y georeferenciación de la Reserva KNN, que se piensa iniciar en mayo del 2008; el Estudio de línea de base social, que se realizará en junio del 2008; la implementación de un sistema de monitoreo y vigilancia, que se planea para julio del 2008 y, por último, el Estudio de línea de base

ambiental, para diciembre del 2008”²⁹⁰.

Otro de los compromisos asumidos por el Estado peruano era “Compromiso XVII. Asegurar que OSINERG continua la supervisión integral e ininterrumpida del Proyecto Camisea durante su construcción, especialmente en la Reserva Nahua Kugapakori, y más adelante, durante su operación”²⁹¹. Lastimosamente, en todos estos años, si nos atenemos a que otro de los compromisos del Estado peruano era “poner en conocimiento del público los avances y los resultados de los compromisos de la presente carta” (Compromiso XIX), realmente es muy poco lo que se conoce sobre la fiscalización de las actividades hidrocarburíferas del lote 88 en relación a las medidas de prevención y protección de la RTKN, medidas más que ordinarias y que están en función a una situación única y especial, es decir, la protección de los pueblos indígenas aislados que habitan la reserva.

Los informes de supervisión de OSINERGMIN se encontraban en la página web, pero sólo hasta junio de 2006 no habiéndose actualizado esta parte de la información. Asimismo, cabe señalar, que OSINERGMIN, DICAPI, DIGESA, MIMDES, CONAM, INRENA, IMARPE, formaban parte del Grupo Técnico Camisea del CONAM, los cuales han elaborado el Protocolo de Monitoreo y Vigilancia de las Actividades de Hidrocarburos en el ámbito del proyecto Camisea, teniendo como objetivos específicos: Coordinar los monitoreos institucionales de manera articulada, Programar actividades periódicas de monitoreo y vigilancia; aplicación de los instrumentos de gestión ambiental y social vigentes; y difundir los resultados del estado del ambiente a la sociedad civil. Sin embargo, solo existe información de sus actividades hasta octubre de 2007, generando además informes del estado del ambiente, existiendo informes hasta febrero de 2008, sin una mención expresa a medidas especiales de prevención y protección a favor de los pueblos indígenas aislados²⁹². En consecuencia, podemos considerar que se han desarrollado

²⁹⁰ DIANDERAS, Ricardo, “Plan de Protección y Defensa para los Pueblos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori, Nanti y Otros”, ver 6ª Reunión de Consulta Pública del Proyecto Camisea Banco Interamericano de Desarrollo BID, facilitación y relatoría Antonio Bernal Alvarado, Manuel Bernal Pacheco y Melanie Cambiaso Mc. Lauchlan, Lima, 28 de noviembre de 2007, p. 32; en http://www.futurosostenible.org/doc/relatoria_sexta_consulta_camisea_bid.pdf

²⁹¹ Ver http://www.camisea-gtci.gob.pe/archivos/compromisos/mision_bid.pdf

²⁹² OSINERGMIN ha tenido una presencia en su función de supervisión y fiscalización del proyecto Camisea. Así, desde el inicio del Proyecto ha realizado 754 visitas de supervisión de las cuales 567 son de carácter socioambiental, sin embargo, no se menciona alguna actividad de seguimiento específico sobre la RTKN. Ver como se destaca esos logros en el “Informe N° 016-2007-MEM-VME/GTCI-Camisea Evaluación del Cumplimiento de los Compromisos del Gobierno del Perú con el Banco Interamericano de Desarrollo en relación al Proyecto de Gas de Camisea”, elaborado por Carlos F. Garaycochea Coordinador GTCI Camisea, Ministerio

algunos avances, sin embargo, existen serias deficiencias en la transparencia y facilitación de información que es de carácter público.

5.2.4.2. IMPLEMENTACIÓN DEL DECRETO SUPREMO N° 028-2003-AG Y PLAN DE PROTECCIÓN DE LA RESERVA TERRITORIAL RTNK

Las medidas tomadas por el Estado peruano a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la RTKN se pueden apreciar a través de las diferentes resoluciones que han reconocido su existencia y delimitado los ámbitos donde habitan, resaltando entre éstas el Decreto Supremo N° 028-2003-AG , que surgió en respuesta a la vulneración de los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial durante la exploración y explotación del Lote 88 (Proyecto Camisea), y que constituye un importante avance en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento en el Perú al señalar expresamente que “queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales” (art. 3° del Decreto Supremo N° 028-2003-AG) dentro de dicha Reserva Territorial Nahua Kugapakori y que llevó a las modificaciones a los lotes 57 (en septiembre de 2003) y 58 (en septiembre de 2005) que se superponían a la RTKN, creada por Resolución Ministerial N° 46-90-AG/DGRAAR, modificada por Decreto Supremo del 2003.

Por otro lado, es interesante apreciar que, pese a la elaboración del Plan de Protección de la RTKN, el Estado peruano, ni sus asesores, precisaron claramente el significado de las medidas de protección, es decir, un tema evidente es comprender que todas las medidas de prevención, protección y sanción a favor de los pueblos indígenas aislados de la RTKN, es para mantener la intangibilidad de la reserva territorial y no permitir de manera estricta actividades poblacionales y culturales foráneas a las culturas de estos pueblos, así como el aprovechamiento de recursos naturales dentro de ellas.

Si bien se ha creado una “Unidad de Coordinación Interinstitucional del Plan de Protección”, conformada por el INRENA, CENSI y la DGPOA del MIMDES, que se instaló el 13 de septiembre de 2007, lo cierto es que se conoce poco de los avances

de su trabajo y no se ha convertido en un referente político para la protección de la reserva.

Posteriormente, el BID, reconociendo el carácter vinculante de las obligaciones que se desprenden de los 21 compromisos asumidos por el Estado ante esta institución, realizó una Auditoria Social y Ambiental integral al proyecto, el cual no profundiza el cumplimiento de los objetivos de estos 21 compromisos, recogiendo de manera superficial la información presentada por el Estado peruano:

“Los resultados de los esfuerzos del GdP en este tema han sido muy positivos. Es importante resaltar el desarrollo e implementación del Plan de Protección para los Pueblos en Aislamiento Voluntarios y Contacto Inicial en la Reserva Nahua-Kugapakori, el cual aportó al desarrollo de la *Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial* (Ley 28736 de mayo del 2006) y su reglamento. Este plan precisa los derechos, deberes, prohibiciones y límites para la Reserva garantizando su integridad territorial y protegiendo de esta manera la cultura y modos tradicionales de vida de quienes en ella habitan”²⁹³.

El Estado peruano debió avanzar en la intangibilidad de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros a través de la seguridad jurídica del área; seguridad física; protección de los recursos naturales y de los pueblos que ahí habitan, junto con otras acciones complementarias, sin embargo, ello no se ha producido de manera integral o completa. Por ejemplo, pese que se publicó el 18 de mayo del 2006, la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial” y el 5 de octubre del 2007, el Reglamento de la Ley N° 28736, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, lo cierto que la demora en su implementación no hace más que evidenciar una falta de interés en la protección. Aún no se ejecutan o se realizan actividades señaladas por el estudio específico para determinar la superposición de concesiones mineras en la RTKN; resultados del requerimiento de titulación del asentamiento Santa Rosa de Serjali y de la amenaza de la posible titulación dentro de la RTKN o la compilación de normas legales relacionadas a pueblos en aislamiento y reservas territoriales, de la cual aún no se conoce. En este caso, es muy poco pertinente tener una compilación normativa sino va acompañada con actividades de capacitación y sensibilización a tomadores de decisión y la opinión pública. Si a esto le sumamos el débil marco legal, institucional y político del INDEPA, realmente los logros en la seguridad jurídicas de los hábitats de los pueblos indígenas aislados en el

Perú se contradice con lo señalado hasta ahora por los funcionarios del Estado peruano.

En cuanto al control de acceso físico de la RTKN, la implementación de los tres puestos de control comunitario en la reserva (Santa Rosa de Serjali, Inoroato y Sababantiari), incluyendo un sistema de comunicación por radio y transporte fluvial motorizado, no aseguran medidas de protección estricta en la misma, tan sólo mecanismos preventivos que deben complementarse con una fuerte presencia del Estado. Asimismo, pese que se ha elaborado el protocolo de relacionamiento para la RTKN, como un elemento de ayuda y orientación a los funcionarios del INDEPA, sobre casos de avistamiento o encuentro con poblaciones no contactadas, a fin de exponer a dichas poblaciones a riesgos innecesarios, lo cierto es que no se cuenta con una norma de planificación para ejecutar dichas actividades, así como tampoco goza de carácter vinculante, con lo cual no se tienen plenamente establecidos parámetros para el control de acceso a la zona. En todo caso, se desconoce la eficacia de los controles físicos sobre el ingreso de diversas poblaciones foráneas a la RTKN, así como del propio ingreso del personal del INDEPA, por el momento DGPOA del MIMDES.

En cuanto al acceso y aprovechamiento de los recursos naturales en la RTKN, a lo mucho se ha avanzado en la conclusión de los Términos de Referencia del Estudio de línea de base ambiental, que permitirá establecer un diagnóstico de los recursos naturales en la RTKN y junto con el Estudio de línea de Base Social, permitirán diseñar y elaborar el “Plan de Monitoreo Ambiental y Social” para la reserva. Sin embargo, tanto el Estudio de Línea Base Ambiental y el Estudio de Línea Base Social elaborados pero no implementados, pese que tiene años de programados, siendo impertinente que ambos estudios se desarrollen al final del Préstamo 1441, así como al final de las actividades de protección de la RTKN, y a tres años de aprobado de manera irregular el Plan de Protección de la Reserva, siendo sumamente necesarios como criterios que señalan un estado de la cuestión con respecto a la fragilidad del ecosistema y su vínculo con los pueblos indígenas aislados de la reserva.

Si bien se han producido serios avances en intentar mejoras en el servicios de salud alrededor de la RTKN, como la evaluación de atención de “Emergencias de

²⁹³ Ver el Informe de la Auditoria Social y Ambiental del BID al Proyecto del Gas de Camisea (p. 17) en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=981496>

salud en 24 horas”; suscripción de convenios de apoyo Interinstitucional con las Direcciones Regionales de Salud de Cusco y Ucayali, para llevar atención integral de salud; instalación de puestos de control comunitario implementados; realización del Estudio de línea de base en salud, para la zona de la RTKN, a través de convenio entre el sector privado (INMED ANDES) y la DGPOA del MIMDES; y 552 atenciones de salud en la zona norte y 1,072 atenciones en la zona sur durante 2006-2007, lo cierto es necesario contar con mayor información para evaluar los impactos en la salud de estos pueblos.

Podemos detallar, entonces, algunas de las actividades pendientes y que incumplen, no sólo el ideal de una intangibilidad de las RTKN, sino también la propia visión de la planificación por el propio INDEPA-DGPOA del MIMDES:

1. Portal del Plan de Protección en el portal Web del MIMDES, el cual debió estar listo en febrero de 2008, y no se encuentra disponible;
2. Linderamiento y georeferenciación de la RTKN, el cual debió estar listo en mayo 2008)
3. Estudio de Línea Base Social (junio 2008)
4. Implementación de un sistema de monitoreo y vigilancia (julio 2008)
5. Estudio de línea base ambiental (diciembre 2008)

Otros temas pendientes en la planificación del Estado peruano por la protección de la RTKN, es la implementación de un Plan de Difusión que contempla la educación en población infantil en la zona de la RTKN; y la creación de un “Sistema de Información Geográfica” (SIG) para la RTKN que permita contar con una cartografía digitalizada de la geografía de la zona, a fin de elaborar propios mapas geográficos y temáticos. Estas tareas también son pendientes en cuanto al interés por proteger integralmente la reserva²⁹⁴.

Cabe destacar que desde el 2005, el monto de las compensaciones a los pueblos indígenas aislados de la RTKN por parte del Consorcio Pluspetrol, era un tema pendiente en las discusiones entre el Gobierno del Perú y el Banco

²⁹⁴ Ver Presentación de Ricardo Dianderas, representante de la DGPOA del MIMDES, Sexta Reunión de Consulta Pública del Proyecto Camisea Banco Interamericano de Desarrollo, Lima, 28 de noviembre de 2007; resumen en: http://www.futurosostenible.org/doc/relatoria_sexta_consulta_camisea_bid.pdf

Interamericano de Desarrollo BID con respecto a cuál sería su destino²⁹⁵, siendo esto preocupante puesto que se quiere financiar las medidas de protección de la RTKN, que de por sí ya son deficientes, siendo esta además obligación del Estado peruano, y en todo caso, estos fondos le pertenecen a todos los pueblos indígenas que habitan en la RTKN.

Es así que a través de entrevistas y otras fuentes, se tuvo conocimiento que dentro de las acciones de la ejecución del Plan de Protección, “la DGPOA del MIMDES, utilizando sus propios recursos económicos, ha iniciado contratación de consultorías especializadas, para elaborar un Programa Integral para la gestión de los fondos de la compensación de Pluspetrol (US\$ 1,700,000), para determinar los mecanismos legales y técnicos que posibiliten el uso de dicho fondo”²⁹⁶. Este grupo de consultorías duraría noventa días, de enero a marzo de 2008, sin embargo, se conoce poco de las conclusiones y de la implementación de las recomendaciones. Es nuestra opinión que este fondo no puede ser utilizado de manera arbitraria para algunos miembros de los pueblos que habitan en la RTKN, puesto que el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, así como la Ley N° 28736 son claros al respecto de los beneficios mancomunados que tienen todos los pueblos que habitan en cualquier reserva:

“Artículo 2°.- Precísese que la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes, se establece con el propósito de preservar los derechos por los citados grupos sobre las tierras que ocupan de modo tradicional así como su derecho al aprovechamiento con fines de subsistencia de los recursos naturales existentes en dicha área.

Asimismo, precísese que la totalidad de los pueblos indígenas ubicados a su interior concurrirán como beneficiarios mancomunados de la reserva territorial (D.S. N° 028-2003-AG)”.

De esta manera, no se puede usar ninguna parte de este fondo puesto que es una decisión de todos los habitantes de las RTKN y no de unos cuantos. Cualquier medida que atente la integridad de la RTKN es un atentado a los derechos de los pueblos aislados y en contacto inicial. Asimismo, estos beneficios no pueden usarse

²⁹⁵ “Otros aspectos pendientes anotados por Montgomery era la falta de un plan para la protección de la reserva indígena de Nahua Kugapakori. Dijo que un 1.7 millones de dólares estaban disponibles para financiar un plan, pero que no se ha diseñado un programa y presupuesto de inversión aún (...)”, Primera Reunión Pública, Washington D.C., 8 de febrero de 2005, en Resumen Reunión Pública sobre Camisea, sostenida en el BID, 8 feb., 2005, p. 2. En: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=568729>.

²⁹⁶ Ver Presentación de Ricardo Dianderas, Sexta Reunión de Consulta Pública del Proyecto Camisea BID, Lima, 28 nov. 2007; en: http://www.futurosostenible.org/doc/relatoria_sexta_consulta_camisea_bid.pdf

en la protección de la RTKN porque es una función pública, no particular, corriendo los gastos de cualquier protección como una obligación estatal.

En todo caso, vemos como se ha ido gastando el presupuesto asignado la protección de los pueblos indígenas aislados de la RTKN a través de consultorias y actividades que no tienen ningún nivel de impacto y que hasta el momento, no se aplican ni sus conclusiones o recomendaciones.

5.2.4.3. RECOMENDACIONES DEFENSORIALES

Si bien es cierto que las recomendaciones realizadas por la propia Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 103 –y su antecedente el Informe Defensorial N° 101- no son del todo garantistas, políticamente surtieron efectos positivos en la sensibilización de la opinión pública y tomadores de decisión en cuanto a la necesidad de mejorar estándares ambientales y sociales del proyecto del Gas de Camisea. Lo más importante es que se produjo un reconocimiento oficial de la situación de indefensión en que se encontraban los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la amazonía peruana.

Tanto el Informe Defensorial N° 101 “Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial” (2005) y del Informe Defensorial N° 103 “El Proyecto Camisea y sus Efecto en los Derechos de las Personas” (2006) señalaban las siguientes recomendaciones:

“Aprobar una iniciativa legislativa estableciendo una categoría especial para la intangibilidad de las Reservas Territoriales, declaradas a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento, debido a que la demarcación del territorio no sólo persigue asegurar la tenencia de la tierra, sino la subsistencia y supervivencia de los miembros de estos pueblos, mientras perdure su condición de aislados” (Informe N° 101)”.

“Al Congreso de la República, al Ministerio de Energía y Minas y al Ministerio de Salud, emitir normas específicas para la protección eficaz de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, considerando Estudios de Impacto Ambiental que incluyan planes de contingencia para evitar, en lo posible, el contacto con dichos pueblos, así como garantizar la atención médica en caso de producirse daños al derecho fundamental a la salud. Este proceso requiere considerar la elaboración por parte del Ministerio de Salud de estudios de línea de base sobre la situación de la salud en la zona” (Informe N° 103)”.

La preocupante situación de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial evidenciado por el proyecto de Gas de Camisea, y los problemas sociales y económicos de la Amazonía peruana fueron factores relevantes para la

conformación de una Comisión Especial conformada por los representantes de los Ministerios de Agricultura, Salud, Defensa, Relaciones Exteriores, Energía y Minas, Transportes y Comunicaciones, la Defensoría del Pueblo, INDEPA como presidente de la Comisión Especial, y participación de los representantes de las organizaciones indígenas amazónicas como son AIDSEP y CONAP, para elaborar un proyecto de ley que contenga un “Régimen Especial de Protección de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o Contacto Inicial”. Posteriormente, al terminar la elaboración del proyecto de ley, se presentó ante la Comisión de Amazonía, Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República. Producto de un breve y llano análisis sobre los elementos del sistema de protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, la Comisión dictaminó un proyecto de ley (Dictamen P.L. N° 13057), que después se volvió la Ley N° 28736, que desestructuró la propuesta de régimen especial de protección de estos pueblos presentado por la Comisión Especial (Dictamen del Proyecto de Ley N° 13057/2004-CR, que propone “Ley Para la Protección de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”).

Asimismo, fue importante el rol de defensa y de denuncia de los derechos de los pueblos indígenas aislados que viven en la RTKN. Carlos Alza, representante de la Defensoría del Pueblo en la Quinta Reunión Pública del Proyecto Camisea en Washington (4 de junio de 2007)²⁹⁷, en el cual se mencionó el impacto directo a la salud de los pueblos indígenas de la RTKN: se produjeron 17 muertes en el transcurso del proyecto en Montetoni, Marankeato, Santa Rosa de Serjali, Andoshiari y Mayapo, por causa de Influenza. Lo cierto es que estos impactos directos e indirectos justifican un cambio de las políticas ambientales y sociales en el Perú, especialmente en un fortalecimiento de una autoridad ambiental (Ministerio del Ambiente) y social (INDEPA) autónoma, especializada y con poder de regulación y sanción en las actividades extractivas que se desarrollan en ámbitos de conservación de la biodiversidad y protección de los derechos de los pueblos indígenas aislados.

Fue claro que la posición del Gobierno del Perú nunca fue desarrollar una política de protección estricta a favor de los pueblos indígenas aislados, tal como se recogía en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, ni con los pueblos indígenas aislados de la RTKN ni con otros pueblos de otras reservas territoriales:

²⁹⁷ Ver: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1044078>

“Un asistente de la audiencia requirió información al BID sobre la situación de cumplimiento con los compromisos del préstamo del Proyecto Camisea. Se preguntó porque las condiciones del préstamo entre el Gobierno del Perú y el BID señalaban que el compromiso era mejorar el estado de la protección de la reserva Nahua Kugapakori y prohibir cualquier actividad de esta área con excepción del Proyecto de Camisea. Sin embargo, los lotes de hidrocarburos se han concedido en otras áreas y reservas territoriales. El representante del Gobierno del Perú aclaró que bajo la legislación peruana, el subsuelo es de propiedad del Estado y las áreas indígenas son de uso directo, por lo tanto las actividades del hidrocarburo se permiten en estas”²⁹⁸.

Mas si comparamos el nivel de cumplimiento de la Ley N° 28736 que crea el régimen de protección especial a favor de los pueblos indígenas aislados, vigente desde el 19 de mayo de 2006, no se ha cumplido por el Estado peruano, sirviendo de pretexto político para argumentar que se cumplen con medidas concretas a favor de los derechos humanos de estos pueblos. Prueba de ello son dos temas pendientes en la agenda nacional: primero, el reglamento de esta ley recién se promulgó y publicó el 05 de octubre de 2007, cuando el plazo de publicación señalado por la Ley N° 28736 fue de sesenta días desde su fecha de vigencia, es decir, hasta el 19 de julio de 2006. Más de un año tuvo que pasar para que se reglamentara dicha ley, que por cierto, aún no encuentra su eficacia.

“PRIMERA.- Del Reglamento de la Ley

El Poder Ejecutivo aprueba, por decreto supremo, el reglamento de la presente Ley, en un plazo no mayor a sesenta (60) días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley”.

Segundo, se estableció el mismo plazo para que las reservas territoriales existentes se adecuen a esta ley, es decir, hasta el 19 de julio de 2006. Posteriormente, de manera ilegal el reglamento de la ley (Primera Disposición Complementaria y Transitoria, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES) contradice lo señalado por la ley en mención y menciona un nuevo plazo de 06 meses o 180 días desde su fecha de vigencia, de 05 de octubre de 2007 a 05 de abril de 2008. En consecuencia, hasta mayo de 2008 no se había adecuado las reservas territoriales existentes a la Ley N° 28376, norma sumamente criticada desde las organizaciones indígenas, que sin embargo, el GdP no ha tenido el interés en implementar sus medidas:

²⁹⁸ Summary of the Third Semi-Annual Public Meeting on the Camisea Project, Washington, D.C. Feb. 27, 2006, p. 4. En: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=734484>

“SEGUNDA.- Situación de las Reservas Indígenas

Dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario posteriores a la promulgación de la presente Ley, la Presidencia del Consejo de Ministros adecuará, mediante decreto supremo y aplicando los mecanismos detallados en el artículo 3, las reservas indígenas existentes considerando la situación actual de las mismas” (Ley N° 28736).

Tercero, en el reglamento de la Ley N° 28736 se señala en su Tercera Disposición Complementaria y Transitoria que el MIMDES presentará ante la Presidencia del Consejo de Ministros un proyecto de ley que establezca las infracciones a la ley y al reglamento, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse, dentro del plazo de 06 de meses desde la entrada en vigencia del reglamento. Hasta mayo de 2008, no se conocía de alguna acción o propuesta legislativa del Poder Ejecutivo sobre la materia, demostrando una vez más un desinterés por el tema.

Otro elemento del análisis del presente Informe estará referido al marco legal de protección a favor de los pueblos indígenas aislados en el Perú. La falta de implementación de instrumentos internacionales y tratados de derechos humanos, el poco interés por respetar políticas públicas e instrumentos de planificación en la protección sobre derechos de los pueblos indígenas en anteriores gobiernos y las pocas virtudes y muchos vicios de la Ley N° 28736 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES), ponen en cuestionamiento y en serio peligro a los pueblos indígenas aislados.

Contraviniendo el art. 18 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual señala que deben ser sancionados por el Estado los que ingresen a los territorios de los pueblos indígenas, el Estado peruano ha señalado en la Ley N° 28736, en el literal c) del artículo 5, la posibilidad de realizar actividades extractivas en las reservas indígenas, con lo cual retrocede y desconoce los compromisos asumidos en tratados internacionales, en instrumentos de planificación y en acuerdos con las organizaciones indígenas, como es el proyecto de ley de la Comisión Especial del Poder Ejecutivo del 2005 – en la cual participaron organizaciones indígenas como la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana AIDESEP y Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú CONAP y casi todos los sectores del Estado –, el cual alcanzó al Congreso señalando la intangibilidad de las reservas territoriales (prohibición de asentamientos poblaciones, actividades culturales y aprovechamiento de recursos naturales en dichas áreas):

“Artículo 11- Características y condiciones de las Reservas Territoriales Indígenas

Las Reservas Territoriales Indígenas garantizan la integridad territorial, cultural, ecológica y económica de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial, en tal sentido:

- a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior.
- b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres de sus habitantes.
- c) Se prohíbe el otorgamiento de derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el aprovechamiento con fines de subsistencia por parte de dichos pueblos.
- d) La totalidad de los pueblos indígenas al interior de una Reserva Territorial Indígena concurrirán como únicos beneficiarios mancomunados de la misma”.

Dentro de este marco adverso a una protección efectiva a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, el Estado, por el interés de cumplir con compromisos con actores económicos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo BID, se estableció una serie de indicadores de avances y retrocesos en la protección a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la RTKN que no ha podido cumplir de manera fehaciente y clara. Esto es el objetivo de implementar la intangibilidad de la RTNK.

Tanto el Compromiso IV del Estado peruano con el Banco Interamericano de Desarrollo - BID, dentro del Préstamo N° 1441, lo señalado en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, la implementación del Plan de Protección de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori, el interés por el cumplimiento con las recomendaciones de los Informes Defensoriales N° 101 y N° 103, son indicadores en un proceso de varios años en el cual el Estado no ha podido cumplir con proteger la reserva desde lo formal como desde lo práctico. Tanto por el marco legal vigente como por la práctica, la reserva territorial no es protegida por el Estado peruano, vulnerando los derechos de los pueblos indígenas aislados que ahí viven.

Si un claro ejemplo es el incumplimiento del art. 3° del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, el cual señalaba que en la RTKN no podían realizarse más actividades de aprovechamiento de recursos naturales que la actualmente permitida –proyecto Camisea I, lote 88-, lo cierto es que el Estado ha implementado medidas de protección oportunas, y en la práctica tiene otros intereses, como es la promoción de las inversiones en hidrocarburos, como puede apreciarse en el mapa de Perupetro S.A. (febrero 2008), en el cual existen lotes de hidrocarburos alrededor de casi toda la reserva.

Es por ello que AIDSESEP, organización indígena nacional, ha interpuesto en función al incumplimiento de las obligaciones del Estado peruano en la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la RTKN, y la grave amenaza que se cierne sobre estos pueblos; la solicitud de una Medida Cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, en defensa de los pueblos indígenas aislados de la RTKN. De esta manera, se intenta hacer cumplir al Estado peruano en mejorar la protección de la mencionada Reserva, adoptando políticas públicas más coherentes y que respeten el derecho a la vida de estos pueblos, así como su condición de aislados; mediante la consagración del principio de intangibilidad de la RTKN.

5.2.4.4. EXPANSIÓN DE HIDROCARBUROS EN LOTE 88 Y RTNK

La situación de la RTKN se agrava debido a la decisión del Consorcio Camisea y del Estado Peruano de ampliar las operaciones (exploración) del Lote 88 (en la RTKN), internándose para ello significativamente sobre la reserva territorial. En el 2011 la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, autorizó (a través del Oficio N° 1177-2011-EM/AAE) a Pluspetrol la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la ampliación de actividades de exploración y explotación en el Lote 88 (Locación San Martín Este), a través del Oficio N° 1177-2011-EM/AAE.

En el 2012, el Ministerio de Cultura aprobó (Resolución Ministerial N° 041-2012-MC de 31 de enero de 2012) la Opinión Técnica emitida por el Viceministerio de Interculturalidad sobre el EIA San Martín Este, el cual contenía serias observaciones al mismo. Luego la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos DGAAE del Ministerio de Energía y Minas, remitió al Viceministerio de Interculturalidad (VMI) el levantamiento de observaciones (presentadas por Pluspetrol); sin embargo, el VMI no realizó análisis del mismo y reiteró que se basaban en los informes aprobados por Resolución Ministerial N° 041-2012-MC del 31 de enero de 2012, sin señalar explícitamente si se levantaron las observaciones. En abril del 2012 la DGAAE del Ministerio de Energía y Minas (Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE del 13 de abril de 2012) aprobó el EIA para la Ampliación del Programa Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, sin levantarse las observaciones señaladas por el Viceministerio de

Interculturalidad. Ninguna de las autoridades ha proseguido con subsanar esta irregularidad.

Además, a la fecha está en proceso la aprobación de otro EIA del programa de Exploración y Desarrollo de las Locaciones: San Martín Norte, Kimaro Este, Kimaro Oeste, Kimaro Centro, Amihuari Sur, Armihuari Norte, con lo cual se realizaría la prospección en toda la extensión del Lote. En junio 2012 la empresa PLUSPETROL presentó a la DGAAE los TdR del Estudio de Impacto Ambiental para la ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en el Lote 88 para dichas Locaciones. Estos TdR del EIA ya han sido aprobados por el Ministerio de Cultura.

La Ley N° 28736 del 2006 y su Reglamento del 2007 son posteriores al Decreto Supremo N° 028-2003-AG y establecían el Régimen Especial de protección de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, bajo la categoría de Reservas Indígenas, las cuales se crearían mediante Decreto Supremo (inciso b del art. 3 de la Ley 28736). Asimismo, esta Ley señala que el Estado Peruano debe adecuar las Reservas existentes, como la Reserva Territorial RTKN. Entonces, al emitirse el Decreto Supremo que otorga la categoría de Reserva Indígena a lo que es hoy la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti, ésta nueva Reserva Indígena estaría bajo el amparo de la Ley N° 28736 y su Reglamento derogándose así los alcances del Decreto Supremo N° 028-2003-AG.

El Viceministro de Interculturalidad informó que el Estado está trabajando en el proceso de adecuación y categorización de Reservas Territoriales a Reservas Indígenas bajo una Comisión Multisectorial (al amparo de la Ley N° 28736 y su Reglamento). Sin embargo, en este proceso de adecuación se derogaría el Decreto Supremo N° 028-2003-AG (que prohíbe actividades económicas en la RTKN) –hasta podría reducirse el área de la Reserva Territorial-, para posibilitar así el otorgamiento de nuevos lotes y más actividades de hidrocarburos en esta reserva.

Es necesario notar que mientras el Decreto Supremo N° 028-2003-AG prohíbe actividades económicas y el otorgamiento de derechos para aprovechamiento de recursos naturales, la Ley N° 28736 sí los permite mediante la declaración de interés nacional de la inversión y la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental respectivo (inversiones como minería e hidrocarburos ya cuentan en su legislación la declaración de interés nacional).

En mayo del 2012 durante una presentación pública se comentó de la adjudicación del Lote llamado *Fitzcarrald*, el cual se ubicaría en la continuación del Lote 88 hasta el Parque Nacional del Manu, dividiéndose con ello a la RTKN. Aunque a la fecha no se ha dado algún anuncio formal de la licitación o adjudicación de este lote, las autoridades de la región Cusco también están abordando este tema.

Entonces, con éstos cambios normativos, el Gobierno buscaría cambiar la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti a una Reserva Indígena, con la finalidad de poder explotar el llamado “Lote Fitzcarrald”, entre el lote 88 de Camisea y el Parque Nacional del Manu²⁹⁹. El ex-Ministro del MINEN Jorge Merino Tafur y el ex-presidente de PERUPETRO Aurelio Ochoa, afirmaron que el Lote Fitzcarrald ya es un hecho, considerándolo como la continuación del Lote 88 en diversas declaraciones públicas³⁰⁰.

Además, el Viceministerio de Interculturalidad ha señalado que la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti no tiene ningún Plan de Protección (nunca fue publicada la norma que lo aprobó) porque no tiene categoría de Reserva Indígena, aunque desde el 2005, vienen aplicando dicho Plan y se comprueba ello en distintos oficios, cartas y presentaciones públicas de dicha institución, así como las obligaciones asumidas con el BID. Lo que se pretende es justificar la necesidad de la adecuación de la Reserva Territorial a la Ley 28736.

²⁹⁹ Nota Diario Gestión 17 de agosto de 2012: “Se abre puerta para explotar “Lote Fitzcarrald”, en <http://gestion.pe/2012/08/17/impresa/se-abre-puerta-explotar-lote-fitzcarrald-2010263> Nota Diario Gestión 22 de abril de 2012: “Lote Fitzcarrald será asignado a Petroperú en el presente año”, en <http://gestion.pe/2012/04/22/impresa/lote-fitzcarrald-asignado-petroperu-presente-ano-2000933>

³⁰⁰ Nota Diario Gestión: “Aurelio Ochoa: Petroperú no entrará al lote 88 de Camisea”, en <http://gestion.pe/noticia/1395259/aurelio-ochoa-petroperu-no-entrara-al-lote-88-camisea> Nota Diario La República 23 de abril de 2012: “MEM: Petroperú volverá a explotar gas en lote vecino a Camisea”, en <http://207.97.246.150/23-04-2012/mem-petroperu-volvera-explotar-gas-en-lote-vecino-camisea> Nota de Diario Gestión 4 de abril de 2012: Ministro de Energía y Minas: “El gas sobra”, en <http://gestion.pe/noticia/1397103/ministro-energia-minas-gas-sobra> Ver Nota Diario Gestión 29 de marzo de 2012: “Petroperú ya habría conseguido la asignación de lote petrolero”, en <http://gestion.pe/noticia/1394248/petroperu-ya-habria-conseguido-asignacion-lote-petrolero>

CAPÍTULO CUARTO

DISCUSIÓN

1. DISCUSIÓN

Existe una tensión normativa (antinomias y vacíos normativos) entre finalidades que guarda la Constitución de 1993 y la legislación nacional en el proceso de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre el espacio constitucional legal y el propio reconocimiento y ejercicio de sus derechos colectivos, entre la visión de desarrollo de la sociedad nacional y el derechos de uno o más pueblos indígenas, entre el espacio institucional estatal y espacios no formales, y la visión de desarrollo expresada en el marco normativo extractivo y las políticas a favor de pueblos indígenas, etc. Esto se expresa también en los discursos constitucionales y políticos como es el discurso del “desarrollo” y la seguridad jurídica de terceros (“seguridad jurídica de las inversiones”), mostrándonos una solución aparente de sincretizar los valores de ambos discursos jurídicos y gestar una norma que responda a la realidad. Para ello, al evaluar la normativa constitucional y legal, es pues necesario detenernos en algunas instituciones y derechos colectivos que nos permitan obtener los conflictos jurídicos entre el reconocimiento de los derechos indígenas y el marco legal de promoción de inversiones extractivas en los Andes Amazonia del Perú.

Para ello, la presente investigación se dividió en cuatro capítulos. El primer capítulo desarrollo el marco metodológico, el segundo capítulo desarrolla el marco teórico, el tercer capítulo planteo la comprobación de las hipótesis y el cuarto capítulo desarrollo la discusión, conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

Con respecto al marco conceptual, se han planteado desde la hipótesis general, **referido a los derechos indígenas en el marco constitucional y legal**, entrando en conflicto con la política de inversiones en el sector extractivo, encontramos que los

derechos indígenas entran en colisión con el marco constitucional y legal de las inversiones en el sector extractivo en los siguientes sub acápite

1. **Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de 1993 y en las Sentencias del TC**, donde hay un reconocimiento restringido de estos derechos, especialmente el de la propiedad comunal; existen clausulas constitucionales de restricción de derechos colectivos indígenas; existe una primacía de la soberanía de los recursos naturales sobre el derecho de aprovechamiento de recursos naturales y las sentencias del TCP que limitaron el derecho a la consulta previa como institución de gestión antes del 2011.
2. **El Régimen Legal de Comunidades Campesinas y Nativas** se han visto restringido por el marco de promoción de inversiones extractivas en la creación de su personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas, organicidad política a través de sus asambleas comunales, reconocimiento de la propiedad comunal y regulación de en la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales.
3. **Ley de Consulta Previa Libre e Informada** se ha visto limitada por los supuestos de sujetos de derecho de la consulta previa, las limitaciones procedimentales, los supuestos de oportunidad de la consulta y el desarrollo de la consulta previa sectorial.
4. **Régimen de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial**, se han limitado en sus mecanismos de protección, en la creación de reservas territoriales e indígenas, en la parcial de intangibilidad de las reservas territoriales e indígenas y el ineficaz mecanismo de mitigación de los Estudios de Impacto Ambiental en reservas territoriales e indígenas

2. CONCLUSIONES

A la **pregunta general** de la presente investigación:

- ¿Cuáles son los conflictos normativos entre los derechos de los pueblos indígenas en la legislación nacional peruana y la visión político normativa de la extracción de los recursos naturales en tierras indígenas?

Se elaboró la siguiente **hipótesis general**:

- Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas y la visión política normativa de la extracción de los recursos naturales en tierras indígenas se expresa en una restricción de derechos contemplados en el derecho constitucional peruano, en la legislación de comunidades, consulta previa y de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

La comprobación de la hipótesis general se centró en el desarrollo constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas. La comprobación de nuestra hipótesis es que existen conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y el marco político jurídico de inversiones extractivas, el propio marco normativo hace primar la visión de desarrollo de las actividades extractivas, y restringe los derechos colectivos indígenas, haciendo falta mecanismos efectivos para ejercer dichos derechos; asimismo, la interpretación restrictiva de los derechos de estos pueblos por parte del Tribunal Constitucional Peruano, y finalmente la legislación nacional sectorial en el ejercicio de su identidad (comunidades campesinas y nativas), de su autonomía (consulta previa), derechos territoriales (aprovechamiento de recursos naturales), finalmente, de sus derechos fundamentales (pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial), hacen más que comprobar estos conflictos y sus efectos.

A la **pregunta específica 1** de la presente investigación:

- ¿Cuáles son los conflictos normativos constitucionales entre los derechos de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Se elaboró la siguiente **hipótesis específica 1**:

Los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los principios de las inversiones en el sector extractivo en tierras indígenas se expresan en la limitación a la propiedad comunal indígena y al acceso a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas en sus tierras.

En cuanto a la primera hipótesis, se constata que los conflictos normativos entre el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y los principios de las inversiones en el sector extractivo son cláusulas constitucionales de restricción de sus derechos (estos derechos de los pueblos indígenas se deben ajustar a la Constitución y a la ley); pese a que el Convenio 169 de la OIT es parte del bloque de constitucionalidad, aun no se ha adecuado la legislación a este tratado internacional; la limitación de la propiedad comunal indígena por la cláusula constitucional de abandono; y el acceso limitado a los recursos naturales (primacía de la soberanía estatal sobre los recursos naturales frente al derecho de los pueblos indígenas a administrar sus propios recursos naturales). A ello hay que sumar la falta de un catálogo de derechos, falta de reconocimiento de sujeto pueblo indígena, y al territorio indígena de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

A la **pregunta específica 2** de la presente investigación:

- ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de las comunidades nativas y campesinas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Se elaboró la siguiente **hipótesis específica 2**:

- Los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y la normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales en tierras indígenas se expresan en la limitación de la personería jurídica de las comunidades, en su autonomía organizativa, en el ejercicio de la propiedad comunal y el uso de recursos naturales.

En cuanto a la segunda hipótesis se constata que los conflictos normativos entre el régimen legal peruano de comunidades campesinas y nativas y la normativa de promoción de inversiones en el sector de extracción de recursos naturales son restricciones a constituir personería jurídica de las comunidades por falta de priorización de políticas estatales, de su autonomía organizativa a través del respeto de sus asambleas comunales (vulnerada por el DS 001-2015-MINEM), de las restricciones

a la propiedad comunal por una serie de normas que promueve la expropiación, servidumbre en tierras demandadas por las comunidades campesinas y nativas; y al uso de recursos naturales en sus tierras y territorios a través de un marco legal que facilita hace primar las inversiones extractivas, energéticas y de infraestructura.

En este último punto, el aprovechamiento de los recursos naturales como derecho de los pueblos indígenas en sus tierras o en lo que se consideran sus territorios ancestrales se ve limitado porque el marco legal nacional privilegia o le otorga mayor valor cuando entra en conflicto con derecho de terceros, por lo que en esta oposición, el Estado Peruano debe resguardar el derecho excluyente o exclusivo del tercero (inversionista) o cuando el Estado Peruano hace reserva del mismo.

A la **pregunta específica 3** de la presente investigación:

- ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Se elaboró la siguiente **hipótesis específica 3**:

- Los conflictos normativos entre la legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y la política y normativa de extracción de recursos naturales en tierras indígenas se expresan en la restricción de la representatividad indígena, la inaplicación para proyectos de inversiones públicas y en los estudios de impacto ambiental.

En cuanto a la tercera hipótesis se constata que los conflictos normativos entre la legislación de derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y la política y normativa de extracción de recursos naturales son la restricción de la representatividad indígena en los procesos de consulta; la sectorialización de la consulta que ha dado discrecionalidad a las autoridades competentes para no aplicarla (la no aplicación de la consulta para proyectos de inversiones públicas); restricción de la oportunidad de la consulta a ser previa o anterior a la decisión de la medida legislativa o administrativa (durante la aprobación de los estudios de impacto ambiental); restricción

de las consultas regionales y locales; de participación de organizaciones indígenas a nivel nacional; etc.

A la **pregunta específica 4** de la presente investigación:

- ¿Cuáles son los conflictos normativos legales entre los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y los principios de promoción de inversiones en sector extractivo en tierras indígenas?

Se elaboró la siguiente **hipótesis específica 4**:

- Los conflictos normativos entre el régimen especial de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial y la legislación de extracción de los recursos naturales son las restricciones para la creación de reservas indígenas y la flexibilización de la intangibilidad de estas reservas indígenas.

La cuarta hipótesis señala que en el Régimen de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial, este marco legal no protege efectivamente a estos pueblos porque no incluye el principio de intangibilidad, es decir, actualmente es posible realizar actividades económicas en las áreas donde habitan estos pueblos (art. 5 lit. c), Ley 28736), siendo esta una amenaza a sus derechos fundamentales y colectivos, especialmente a través del contacto forzoso, podría afectarse su salud, lentitud para la creación de las reservas indígenas para estos pueblos; o su falta de protección efectiva, tal como ocurre con el caso de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori Nanti y Otros, donde se ha permitido ampliar actividades extractivas en las áreas donde habitan estos pueblos en aislamiento y en contacto inicial.

Estos contenidos constitucionales y legales afectaron directamente a los pueblos indígenas y especialmente a las comunidades nativas asentadas en la Amazonia, ya que existe una constante promoción de inversiones extractivas en los Andes Amazonía, especialmente en las tierras de las propias comunidades y que estos conflictos muestran una serie de deficiencias normativas en cuanto a la tutela jurídica de sus derechos por la ambigüedad, imprecisión y debilidad de la formulación de esos derechos a nivel constitucional y legal; lo que ha posibilitado una desnaturalización de estos derechos,

como sucede con el derecho a la consulta, el cual debería ser previo a la decisión estatal, o la necesaria protección estricta para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, los cuales no son reconocidos a nivel legal reglamentario.

3. RECOMENDACIONES

En ese sentido, una primera recomendación general para el Estado peruano y autoridades competentes es iniciar el debate de adecuación de la legislación nacional a lo preceptuado por el Convenio 169 de la OIT. Ello pasa por identificar la afectación a derechos de terceros sino también de la integración de las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y del Convenio 169 en la legislación nacional.

Asimismo, recomendamos lo siguiente para los distintos poderes del Estado:

1. **Al Congreso de la República y Poder Ejecutivo**, en función a sus competencias legales y reglamentarias, un debate de los alcances constitucionales la necesaria incorporación en la Constitución de 1993 de un catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas, que precise e identifique la naturaleza jurídica de estos derechos, en consonancia con la experiencia acumulada durante estos años de reconocimiento parcial de estos derechos en el derecho nacional y con los avances de la jurisprudencia internacional de reconocimiento de estos derechos. En esa incorporación, es importante incluir los mecanismos de coordinación constitucional (procedimental, normativo e institucional) que permita el ejercicio de estos derechos y su implementación por las diversas instituciones y poderes del Estado, tal como ocurre en los casos de Ecuador y Bolivia. Esto implica la transversalización de los derechos de los pueblos indígenas dentro de los poderes e instituciones del Estado, así como dentro de los niveles de gobierno, especialmente reconocer que las cláusulas de abandono como restricción de la propiedad comunal y la ausencia de coordinación entre la soberanía estatal de los recursos naturales (art. 66 de la Constitución de 1993) y el derecho de administrar los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas (art. 15, núm. 1 Convenio 169 de la OIT).
2. **Al Congreso de la República y Poder Ejecutivo**, en función a sus competencias legales y reglamentarias, iniciar el debate sobre el régimen legal de comunidades campesinas y nativas que asegure el ejercicio integral de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a través de su reconocimiento legal de derechos de identidad,

autonomía o la libre determinación y territoriales. En ese sentido, se debe reconocer la subjetividad de los pueblos indígenas sobre la personería jurídica de la comunidad campesina o nativa; eliminar la restricción de la propiedad comunal indígena, así como las restricciones a los usos de sus recursos naturales. Al mismo tiempo este reconocimiento implica el reconocimiento de sus propias formas de elección y representativas a nivel nacional, regional y local, la coestión entre Estado y pueblos Indígenas para la formulación de políticas, programas, planes y proyectos, la toma de decisiones económicas, políticas, culturales y sociales sobre los territorios y los recursos naturales para lograr un equilibrio entre la promoción de inversión y las políticas públicas para el desarrollo de estos pueblos, con el fin de evitar la proliferación de conflictos sociales .

3. **Al Congreso de la República y Poder Ejecutivo**, en función a sus competencias legales y reglamentarias, debatir sobre la Ley Marco sobre Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada, así como su reglamento para la vigencia plena de este derecho en función a las medidas legislativas y administrativas que los afecten a nivel nacional, regional y local. En ese sentido, se debe debatir la incorporación de las causales de la necesidad de consentimiento previo de estos pueblos señaladas por el derecho internacional, la eliminación de los filtros de aprobación de consultas regionales y locales que pasan por la decisión final del Gobierno Nacional, la eliminación de los supuestos restrictivos de la participación de las organizaciones indígenas en el proceso de consulta, la precisión del momento de la consulta previa antes del otorgamiento del derecho y previo a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en el caso de inversiones públicas y privadas, la incorporación del derecho a la posesión de sus territorios ancestrales y de aquel territorio de uso tradicional dentro del derecho a la propiedad de las tierras, la adopción de procedimiento necesario para la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de las actividades de inversión, la modificación de los criterios de constitución de la base nacional de pueblos indígenas, la implementación de proceso de consulta previa legislativa y la modificación de las leyes necesarias para que restrinjan cabalmente este derecho.
4. **Al Congreso de la República y Poder Ejecutivo**, en función a sus competencias legales y reglamentarias, iniciar el proceso de debate sobre el Régimen de Protección Especial para pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial para establecer claramente el principio de intangibilidad de las reservas territoriales e

indígenas para la protección irrestricta de estos pueblos. En el caso de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori, al haberse iniciado el proceso de adecuación de las reservas territoriales a reservas indígenas, sin haberse asegurado la intangibilidad de las mismas, se recomienda implementar el estatus de protección de la Reserva Territorial Nahua Kugapakori como lo indica el Decreto Supremo 028-2003-AG al señalar que no se permite más actividad económica en la Reserva de la que ya se existente. Al mismo tiempo, modificar las normas expedidas de posibilitan inversiones dentro de las cinco reservas reconocidas por el Estado como la modificación del artículo 5 de la Ley N° 28736, incorporar altos estándares de protección de estos pueblos como lo establecido en las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay de 2012 del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR y realizar un proceso de consulta sobre las nuevas actividades realizadas alrededor de las comunidades nativas asentadas.

Asimismo, hemos incluido dos recomendaciones relacionadas a derechos específicos, como a obligaciones especiales, es decir, a la ausencia del reconocimiento constitucional y legal del derecho de “territorio indígena”, y una institucionalidad estatal dedicada a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y que permita su coordinación entre Estado y estos pueblos.

5. **Al Congreso de la República**, un debate con respecto a la incorporación legal del derecho al “territorio indígena”, como área especial de gestión del territorio mediante el cual los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas organicen su territorio bajo los criterios de manejo coordinado de los recursos naturales y la recreación de la memoria colectiva de estos pueblos en su relación comunidad-territorio. Este proceso de reconocimiento del territorio indígena debe ir acompañado de un procedimiento especial para la creación de estos espacios, así como de la gestión y la coordinación con las formas de gobierno nacional, regional y local. El reconocimiento del derecho a los territorios ancestrales y territorios tradicionales necesita la garantía de parte del Estado en la demarcación de territorios indígenas así como de la entrega de los títulos que sean respetados. Estos deben señalar claramente que los pueblos no podrán vender, donar, negociar e

intercambiar sus territorios con terceros. De ser el caso, la transmisión territorial deberá de hacerse conforme con sus prácticas consuetudinarias.

6. **Al Congreso de la República y Poder Ejecutivo**, en función a sus competencias legales y reglamentarias, iniciar el debate sobre la actual institucionalidad indígena en el país. Por lo que es necesario que se revise el actual rol que cumple el Viceministerio de Interculturalidad como ente rector en la materia y realizar las modificaciones necesarias en la legislación nacional. El Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional en la materia indican que el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas implica la creación de una institucionalidad adecuada que permita el ejercicio pleno de estos derechos, que cuente con legitimidad y credibilidad ante los pueblos indígenas, la participación efectiva de los pueblos indígenas en la determinada institucionalidad, la existencia de mecanismos formales de coordinación en los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional, local) y poderes del Estado, un grado de independencia y autonomía suficiente que se traduce en los procesos de designación de sus miembros y modalidades de financiamiento. Ello tiene que ser traducido en el plano regional y local, así como en la homogenización de las diversas instancias que actualmente existen dentro de las instituciones del Estado.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. FUENTES DOCUMENTARIAS

1. Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios, Lima, elaborado por la Mesa de Diálogo y Cooperación para las Comunidades Nativas de la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas (D.S. N° 15-2001-PCM), 31 de mayo de 2001
2. Documento de la Mesa de Trabajo “Situación de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”, organizado por el Programa de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo en Lima, el 27 de mayo de 2003
3. Informe Final “Identificación de Mecanismos Legales para el Control Comunitario de la Ocupación del Territorio de las Comunidades de la Cuenca del Urubamba”, elaborado por Mercedes Manríquez, Lima, Programa de Apoyo al Desarrollo Sostenible de la Zona de Influencia del Proyecto Camisea, febrero de 2004
4. Documento de la “Cumbre para la Administración Intercultural de las Áreas Naturales Protegidas, Territorialidad, Derechos de Pueblos Indígenas en el Bosque Tropical y el Ambiente Amazónico”, Satipo, Asociación Regional de Pueblos Indígenas de Selva Central ARPI SC, 19 al 22 de febrero de 2004
5. Protocolo de Reracionamiento-Programa de Protección y Defensa de los Pueblos en Aislamiento Voluntario de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nati y Otros, Lima, presentado por la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-CONAPA-Secretaría Ejecutiva, marzo de 2004
6. Programa de Protección y Defensa de los Pueblos en Aislamiento Voluntario, documento revisado por la Mesa de Expertos y presentado por la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-CONAPA, marzo de 2004
7. Diseño e Implementación de Mecanismos Legales para Bloquear el Acceso al Bajo Urubamba por Colonos y Explotación Forestal, elaborado por Carlos Andaluz, Lima, Programa de Apoyo al Desarrollo Sostenible de la Zona de Influencia del Proyecto Camisea, abril de 2004
8. Propuesta de Plan para Cautelar la Integridad Territorial de la Reserva Territorial del Estado a favor de los Grupos Étnicos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros RTKN, elaborado por Fernando Gherzi, Lima, agosto de 2004
9. Documento Integrado del Plan de Protección y Defensa de los Pueblos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, elaborado por Carlos Mora, Ivan Brehaut, Manuel Pulgar Vidal y Federico Dejo, Lima, Ministerio de Energía y Minas y Grupo Técnico de Coordinación Interinstitucional GTCI Camisea, 27 de julio de 2005.

10. Sistematización del Caso de Proyecto de Hidroeléctrica de Pakitzapango. Informe de la Central Asháninka del Río, elaborado por Iris Olivera Ene CARE. Lima, 01 de enero de 2010.
11. “Los pueblos indígenas en aislamiento desde los derechos humanos y la conservación de la biodiversidad”. Elaborado por Alex Rivas, Informe de participación en el primer encuentro sobre pueblos indígenas aislados de la Amazonía y el Chaco, Belem do Pará, Nov. 8-11 de 2005”, Quito, UICN-SUR, 2005.
12. Documento “Áreas naturales protegidas Perú”. Lima, World Wildlife Fund / The Nature Conservancy / Conservación Internacional, 2007.

4.2. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ACEVEDO, Angel et al. *Recomendaciones para la gestión estatal de los conflictos. Conflictos mineros por usos y ocupación del territorio*. Lima: Servicios Educativos Rurales SER, 2011.
- AIDSESEP et al. *Informe Alternativo 2011 sobre el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT*. Lima: AIDSESEP / CONACAMI / CNA /CCP, 2011.
- ALBÓ, Xavier. *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: CIPCA, 2008.
- ALZA, Carlos e IPENZA, César. *La Gestión pública inconexa: El caso de la política ambiental a propósito de la superposición de lotes de hidrocarburos en las áreas naturales protegidas*. WWF/APECO. Lima, 2007.
- ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.
- ANNINO, Antonio (com.). *Historia de las Elecciones en Iberoamérica, Siglo XIX. De la Formación del Espacio Político Nacional*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, 1995.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas: Reflexiones sobre el Origen y la Difusión del Nacionalismo*. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1993.
- ARDITO, Wilfredo “Indígenas y Racismo en el Perú Republicano”, en *Memoria Agendas Públicas en una visión intercultural: Exclusión e Inclusión de los pueblos indígenas en América Latina*. Lima, Paz y Esperanza, 2006.
- ARELOVICH, Sergio. “Energía, integración, modelo productivo: aportes para un debate necesario”. En *Escenarios energéticos en América del Sur*. San Fe: ConoSur Sustentable / Oxfam / Fundación Heinrich Boll, 2008.
- AVILA, Rosemarie ed. *Propuestas de las organizaciones de la sociedad civil Latinoamericana para la Síntesis Sectorial Estrategia Energética del Grupo Banco Mundial. Hacia un*

- Modelo Alternativo de Energía Sostenible para el Desarrollo Equitativo*. DAR. Lima, 2007.
- BANCO MUNDIAL. El Desarrollo hidroeléctrico en el Perú. Report N° 53719-PE. Lima: Unidad de Energía, Departamento de Desarrollo Sostenible, Región Latino América y el Caribe, 2010.
- _____. “Republic of Peru Environmental Sustainability: A key to Poverty Reduction in Peru”. Country Environmental Analysis. Report N° 40190-PE, 2007.
- _____. *La oportunidad de un país diferente*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial. Lima. 2006.
- BANK INFORMATION CENTER BIC. “Sustainable Energy for Equitable Development. Contribution to the World Bank Group’s Energy Strategy Review and Development”. En Rosemarie Avila (ed.). *Propuestas de las organizaciones de la sociedad civil latinoamericana para la Síntesis Sectorial Estrategia Energética del Grupo Banco Mundial*. DAR, Lima, 2011.
- BASADRE, Jorge. *Elecciones y Centralismo en el Perú. Apuntes para un Esquema Histórico*. Lima. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1980.
- _____. *Historia de la República del Perú, 1822-1933*. XI tomos, 7ª ed. Lima. Editorial Universitaria, 1983.
- _____. *Perú, Problema y Posibilidad*. 5a. ed., Lima. Librería Studium, 1987.
- BAVARESCO De Prieto, Aura M. *Las técnicas de investigación. Manual para la elaboración de tesis, monografías, informes*. 5ta. ed. Gienview. Scott Foresman, 1988.
- BERCIS, Paul. *Pour des Nouveaux Droits de l’Homme*. Paris. Lattès, 1985.
- BERRAONDO, Mikel. “Pueblos indígenas no contactados ante los derechos humanos”, en Berraondo M. y M. Cabodevilla com. *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Quito, Ediciones CICAME / CDES, 2005.
- BERNAL GARCÍA, Manuel José; y García Pacheco, Diana Marcela. *Metodología de la investigación jurídica y socio jurídica*. Boyacá. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2000.
- BERTINAT, Pablo et al. “Escenarios energéticos en América del Sur”. En P. Bertinat y S. Arelovich eds. *Escenarios energéticos en América del Sur: Energía, integración, modelo productivo: aportes para un debate necesario*. Santa Fe: Inercia, 2008.
- BRACKELAIRE, Vincent. “Estado de la situación de los últimos pueblos indígenas en aislamiento en América Latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela)”, Brasilia, CGII-FUNAI / CTI, 2006.
- BREWER, Nicole. *The New Great Walls. A guide China’s overseas dam industry*. California: International Rivers, 2008.

- BOBBIO, Norberto. *El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz*, 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1992.
- BOLÍVAR, L. “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en autores varios, *Estudios básicos de derechos humanos*, t. V, San José, IIDH, 1996.
- CANÇADO Trindade, Antonio. *Las Nuevas Dimensiones de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del siglo XXI*. San José: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2001.
- CABALLERO Romero, Alejandro E. *Metodología de la investigación científica*. Lima, Técnico Científica, 1987.
- CABODEVILLA, Miguel Ángel. “Los últimos pasos del genocidio ecuatoriano”, en Berraondo M. y M. Cabodevilla com, 2005.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Cuestiones de Lealtad*. Barcelona, Paidós, 2000.
- CÁRDENAS, Jaime, “Las Características Jurídicas del neoliberalismo”, en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM, México, ene-jun. 2015.
- CARHUATOCTO, Henry. *Los Derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*, Tesis de Maestría en Derecho, UNMSM, Lima, 2013.
- _____. *Guía de Legislación Ambiental*. Jurista Editores. Lima, 2010.
- _____. *¿Gobernanza en Inambari?* Lima: DAR, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. Buenos Aires, Valletta, 1990.
- CASTAN Tobeñas, José. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*. Madrid. Instituto Editorial Reus, 1947.
- CASTILLA, L. y Manzano, O. eds. *Desafíos financieros y macroeconómicos en América Latina*. Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2011.
- CHAMBERS, Ian. “El Convenio N° 169 de la OIT: Avances y Perspectivas”, en *Derecho Indígena*, coordinado por Magdalena Gómez, México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- CHIRI, Adolfo. “La problemática de la seguridad energética” en: A. Chiri y Jaime Luyo eds., *La Seguridad Energética. Un Reto para el Perú en el Siglo XXI*. Lima: Colegio de Ingenieros del Perú, 2008.
- CIURLIZZA, Javier et al. *Hatún Willakuy, versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú*, Lima, Gráfica Navarrete, 2004.
- CLAVERO, Bartolomé. “Multiculturalismo y Monoconstitucionalismo de Lengua Castellana en América”, en *Derecho Indígena*, coordinado por Magdalena Gómez, México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.

- _____. “El Proyecto de Declaración Internacional: Derechos Indígenas y Derechos Humanos”, en *Derecho Indígena*, coordinado por Magdalena Gómez, México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- _____. *Genocide or ethnocide, 1933-2007: how to make, unmake and remake law with words*, Giuffrè, Milano, 2008.
- COMANDUCCI, Paolo. “La Imposibilidad de un Comunitarismo Liberal”, en *Tolerancia y Minorías. Problemas Jurídicos y Políticos*, compilado por Luis Prieto Sanchís. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Lima. Instituto de Estudios Peruanos, 1978.
- CUETO, Vanessa et al. *Diagnóstico Situacional del Nivel de Cumplimiento de los Compromisos Asumidos por el Gobierno del Perú en el ámbito del Proyecto Camisea*. DAR. Lima, 2007.
- CUETO, V. et al. *Informe especializado de las obligaciones del estado peruano sobre la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la reserva territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros*, Lima, AIDSEP, 2008.
- _____. *Acuerdo para el Suministro de electricidad al Perú y exportación de excedentes al Brasil. Buscando la Gobernanza Energética en el Perú*. Lima: DAR, 2011.
- DAMMERT, Manuel. “La ética pública y las amenazas de la república lobbysta”. En Autores Varios. *Perú hoy. Luces y sombras del poder*. Descó. Lima, 2009.
- DAVILA, Jimpson et al. *Informe de análisis de los contratos de gas de Camisea: Lecciones aprendidas sobre cómo negociar con nuestros recursos naturales (Lotes 88 y 56)*. DAR. Lima, 2008.
- _____. *¿El Estado Peruano cumplió con Camisea? Diagnóstico final sobre el cumplimiento de los compromisos del Perú en el ámbito del proyecto Camisea: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales* DAR. Lima, 2009.
- DAVILA, Jimpson y GAMBOA, César. *Análisis del Contrato BOOT de transporte de gas natural y líquidos de gas natural*. DAR. Lima, 2010.
- DAS, Veena. “La Subalternidad como Perspectiva”. En: Rossana Barragán y Silvia Rivera (com.), *Debates Post Coloniales: Una Introducción a los Estudios de la Subalternidad*. La Paz. Editorial Historias, 1997.
- DE RIVERO, Oswaldo. *El Mito del Desarrollo. Los Países Inviabiles en el Siglo XXI*, 2ª ed. Lima. Fondo de Cultura Económica, 2001.
- DE TRAZEGNIES Granda, Fernando. *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial*. Informe Defensorial N° 101. Lima, 2006.

- _____. *El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas*. Informe Defensorial N° 103. Lima, 2006.
- _____. *Informe de Defensoría del Pueblo N° 009-2007-DP/ASPMA.CN, Superposición de Lotes de Hidrocarburos con Áreas Naturales Protegidas y Reservas Territoriales en la Amazonía Peruana*. Informe especializado, 20 de marzo de 2007. Lima, 2007.
- DÉMELAS, Marie-Danielle. *La Invención Política*. Lima. Instituto Francés de Estudios Andinos / Instituto de Estudios Peruanos [1992], 2003.
- DONNELLY, Jack. *Derechos Humanos Universales: en Teoría y en la Práctica*. México. Gernika, 1994.
- DOUROJEANNI, Marc *et al.* *Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura*. DAR/PRO/SPDA. Lima, 2009.
- DUCHACEK, Ivo. *Nations and Men, An Introducing to International Politics*. Hinsdale. Dryden Press, 1975.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM. *El Derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: DPLF/OXFAM, 2011.
- ENRIQUE, Claudia y Cueto, Vanessa. *Propuestas para construir gobernanza en la Amazonía a través del transporte sostenible*. DAR. Lima, 2010.
- ESPINOSA, Juan. *Diccionario Republicano*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú / University of The South-Sewance. Estudio Preliminar Carmen Mc Evoy [1853], 2001.
- FARALLI, C. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*, Madrid, Universidad Complutense UCM, 2007.
- FALCÓN Y TELLA, María. *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Civitas, 1991.
- _____. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Madrid, Civitas, 1994.
- _____. *Equity and law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008.
- FERNÁNDEZ Osco, Marcelo. *La Ley del Ayllu*. La Paz. Fundación PIEB, 2000.
- FERNÁNDEZ Segado, Francisco. *La Dogmática de los Derechos Humanos*. Lima. Ediciones Jurídicas, 1994.
- FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima. Universidad de Lima, 1990.
- GAMBOA, César. “Legal Status of Territorial Reserves for the Protection of Isolated Indigenous Peoples in Peru”, en Vriesendorp C. et al. eds. *Rapid Biological Inventories: 17. Sierra del Divisor*, The Field Museum, Chicago, 2004.
- _____. “Los Filtros Electorales Decimonónicos: Órganos Electorales y Procedimiento Electoral”, en Cristóbal Aljovín (ed.), *Historia de las Elecciones en el Perú, Estudios sobre el Gobierno Representativo*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005.

- _____. “(In)sostenibilidad de los hidrocarburos en la cuenca amazónica peruana”, en G. Fontaine y A. Puyana, eds., *La guerra del fuego. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO / Ministerio de Cultura de Ecuador. Quito, 2008.
- _____. “Incoherencias entre políticas ambientales y de desarrollo en la Amazonia Peruana”, en C. Gamboa ed., *Hidrocarburos y Amazonia Peruana: ¿Superposición de derechos u oportunidades para el desarrollo sostenible?* Lima: DAR, 2010.
- _____. “Hidrocarburos en el Perú: Hacia dónde vamos”, en A. Alayza y E. Gudynas, eds., *Transiciones Post extractivismo y Alternativas al Extractivismo*. Lima: Red GE / CLAES, 2011.
- _____. “Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: ¿Cambios legales, cambios reales?”, en G. Ramos, eds., *Informe de Consulta Previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: Congreso de la República, 2011.
- GAMBOA, C. et al. 2008a: *Informe de análisis de los contratos de gas de Camisea: lecciones aprendidas sobre cómo negociar con nuestros recursos naturales (Lotes 88 y 56)*, Lima, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR.
- GAMIO, Pedro. *Matriz Energética en el Perú: ¿Hacia dónde vamos?* Lima: Fundación Friedrich Ebert, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve Manual de Filosofía Política*. Barcelona. Paidós, 1999.
- GÓMEZ, Magdalena (ed.). *Derecho Indígena*. México. Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- GUDYNAS, Eduardo. *Ecología, Economía y Ética del Desarrollo Sostenible*. 5ta. Ed. Editorial Coscoroba. Montevideo, 2004.
- _____. “Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo”. En Ivonne Farah y Fernanda Wanderly (coord.). *El desarrollo en cuestión*. CIDES y Plural. La Paz, 2011.
- GUIBERNAU, Montserrat. *Los Nacionalismos*. Barcelona. Ariel, 1998.
- GRÜNER, Eduardo. “Introducción. El Retorno de la Teoría Crítica de la Cultura: una Introducción Alegórica a Jameson y Zizek”. En: Slavoj Zizek y Fredric Jameson, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*. Barcelona: Paidós [1993], 1998.
- HAARSCHER, Guy. “Universalidad de los Derechos del Hombre y Especificidades Culturales”. En: *La Rencontre des Autres*. Bruselas: Éditions de l’Université de Bruxelles, 1981.
- _____. *Philosophie des Droits de l’Homme*, 4^a ed. Bruselas. Éditions Université de Bruxelles, 1993.

- HABERMAS, Jürgen. *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*. Barcelona. Paidós, 1999.
- HERRERA, Carlos. *Matriz Energética en el Perú y Energías Renovables. Energías Convencionales, Combustibles fósiles y sistema eléctrico*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 2010.
- HUERTAS, B. *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad*, Lima, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas IWGIA, 2002.
- IHA International Hydropower Association. *Hydropower Sustainability Assessment Protocol*. Londres: IHA, 2011.
- JAMESON, Fredric. “Sobre los Estudios Culturales”. En: Slavoj Žižek y Fredric Jameson, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*. Barcelona, Paidós [1993], 1998.
- KENT, Sherman. *Inteligencia Estratégica. Metodología para el acopio de información y conocimiento*. Lima. Tiempo Presente, 1998.
- KERLINGER, Fred N. *Investigación del comportamiento*. 2a. ed. México D.F. Mc Graw-Hill, 1991.
- KREIMER, Osvaldo. “Una Lectura a través del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en *Derecho Indígena*, coordinado por Magdalena Gómez, México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford. Clarendon Press, 1989.
- _____. *Ciudadanía Multicultural: Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Barcelona. Paidós, 1995.
- _____. “The Sources of Nationalism: Commentary to Taylor”, en *The Morality of Nationalism*, compilado por Robert Kim y Jeff McMahan, Oxford University Press, 1997.
- _____. “Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales”, en *Ciudadanía: Justicia Social, Identidad y Participación*, compilado por Soledad García y Steven Lukes. Madrid, Siglo XXI Editorial, 1999.
- LAFER, Celso. *La Reconstrucción de los Derechos Humanos, un Dialogo con el Pensamiento de Hannah Arendt*. México. Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LANEGRA, Iván. *El (ausente) Estado Ambiental: Razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Consultores para Decisiones Estratégicas. Lima, 2008.
- LARREA Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Vol I, 6a. ed. Guayaquil. Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2000.
- LAZO, Pablo, *Crítica del multiculturalismo. Resemantización de la multiculturalidad*, México, Universidad Iberoamericana, 2010,

- LOZA, Rómulo. *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*. Huancayo. CISEJAP, 1997.
- LUYO, Jaime. “Competencia, Recursos y Desarrollo Sostenible” en: A. Chiri y Jaime Luyo eds., *La Seguridad Energética. Un Reto para el Perú en el Siglo XXI*. Lima: Colegio de Ingenieros del Perú, 2008.
- MARITAIN, Jacques. *Moral Philosophy*. Nueva York. Charles Scribner`s Sons, 1964.
- MATO, Daniel. “Introducción: Cultura y Transformaciones Sociales en Tiempos de Globalización”. En: Daniel Mato (com.), *Estudios Latinoamericanos sobre la Cultura y Transformaciones Sociales en Tiempos de Globalización*. Buenos Aires. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001.
- MACKAY, Fergus. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*. Lima. Asociación Pro Derechos Humanos, 1999.
- MADIOT, Yves. *Droits de l’Homme et Libertés Publiques*. Paris. Masson, 1976.
- MARIÑO, Fernando. *Derecho Internacional Público*. Madrid. Trotta, 1995.
- MARQUISET, Jean. *Les Droits Naturels*. Paris. PUF, 1972.
- MASSINI, Carlos. *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1994.
- MACINTYRE, A. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Londres. Duckworth, 1981.
- MERLE, Marcel. *Sociología de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Alianza Editorial, 1978.
- MESÍA Ramírez, Carlos. “La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993”. En: *Acciones de Garantía*. Lima. Gaceta Jurídica, 1995.
- _____. “La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993”. En: Walter Gutiérrez y Carlos Mesía (ed.), *Instrumentos Internacionales y Teoría de los Derechos Humanos*. Lima: Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1995.
- MEYERS, Diana. *Los Derechos Inalienables*. Madrid. Alianza Editorial, 1988.
- MATO, Daniel (com.). *Estudios Latinoamericanos sobre la Cultura y Transformaciones Sociales en Tiempos de Globalización*. Buenos Aires. CLACSO.2001.
- MONGE, Carlos *et al.* “La reconcentración de los recursos naturales... más poder al poder”. En Autores Varios. *Perú hoy. Luces y sombras del poder*. Desco. Lima, 2009.
- MONTOYA, Víctor. “La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico”. En César Landa (coord.), *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, Lima, Palestra, 2008.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Barcelona. Ariel, 1989.
- NIZAMA Valladolid, Medardo. *Guía de prácticas: técnica de lectura y fichaje*. T. I. Lima. Facultad de Derecho de la UNMSM, 2001.

- NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth.: *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000.
- O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª ed. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1989.
- OLIVÉ, León. *Multiculturalismo y Pluralismo*. México: Paidós / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- ORTEGA, Milagros, *El Derecho de Propiedad Comunal Indígena en la Amazonia y su Regulación en la Legislación Peruana*, Tesis de Maestría en Derecho Civil PUCP, Lima, 2014.
- ORTIZ Caballero, René. *El Derecho en la Sociedad Postmoderna*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996.
- ORY, Pascal. *Nueva Historia de las Ideas Políticas*. Barcelona: Biblioteca Mondadori, 1992.
- OST, François, *El Tiempo del Derecho*, México, Siglo XXI Editores, 2005.
- PACHECO, Máximo. *Teoría del Derecho*, 4ª ed. Bogotá. Temis, 1990.
- PACHECO, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. 3ª ed. Lima. Grijley. 1996.
- PAJUELO, Ramón. *Participación política indígena en la sierra peruana. Una aproximación desde las dinámicas nacionales y locales*. Lima: IEP/Fundación K. Adenauer, 2006.
- _____. “Perú: política, etnicidad y organizaciones indígenas”. En PAJUELO, Ramón. *Reinventando comunidades imaginadas. Movimientos indígenas, nación y procesos sociopolíticos en los países centroandinos*. Lima: IEP-IFEA, 2007. Capítulo 3. pp. 95-125.
- PARAMIO, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Catarata, 2009, pp. 52-3.
- PARELLADA, Alejandro. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco*, Lima, IWGIA, 2007.
- PAREJA Paz-Soldán, José. *Derecho Constitucional Peruano*, 5ª ed. Lima: Librería Studium. 1973.
- PAINE, Thomas. *Los Derechos del Hombre*. México. Fondo de Cultura Económica, 1996.
- PEASE, Henry y AVENDAÑO, Jorge. “¿Qué Cambios necesita la Constitución?”. En: *Gaceta del Congreso de la República* (Lima), año IV, 184, 2001.
- POSSUELO, Sidney et al. “Insumos para una estrategia regional de protección de los pueblos indígenas aislados y en contacto inicial”, en Santillán et al. 2007.
- PUNTES, Astrid y Kopas, Jacob. *Grandes Represas en América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas*. Bogotá: AIDA, 2009.
- QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del Poder, Cultura y conocimiento en América Latina”. En: Santiago Castro Gómez, Oscar Guardiola Rivera y Carmen Millán De Benavides (ed.),

- Pensar [en] los Intersticios: Teoría y Práctica de la Crítica Poscolonial*. Bogotá. CEJA, 1999.
- QUIJANO, Anibal. “Colonialidad del Poder, Cultura y conocimiento en América Latina”, en Gómez, S. et al. eds. *Pensar [en] los intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial*, Bogotá, CEJA, 1999.
- QUIROZ, William. *La Investigación Jurídica*. Lima. Imsergraf, 1998.
- RAMÍREZ, Silvia, “Siete problemas del nuevo constitucionalismo indigenista”. En Raquel Yrigoyen, *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, INESC/ILSA/IIDS, 2010.
- RAMOS, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima. Gaceta Jurídica, 2000.
- RAMOS, Juan A. *Elabore su Tesis en Derecho. Pre y Post Grado*. 2da ed. Lima. Editorial San Marcos, 2008.
- RAWLS, John. *El Derecho de Gentes y Una Revisión de la Idea de Razón Pública*. Barcelona. Paidós, 2001.
- _____. *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- _____. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica [1971], 1997.
- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford. Clarendon Press, 1986.
- REMIRO Brotons, Antonio et al. *Derecho Internacional*. Madrid. Mac Graw-Hill, 1997.
- RIVERA Cusicanqui, Silvia. “Pachakuti: los Horizontes Históricos del Colonialismo Interno”. En: Xavier Albó y Raúl Barrios, *Violencias Encubiertas en Bolivia*, t. I. La Paz. CIPCA-Aruwiyiri, 1993.
- RIVERO, Jean. “Les Droits de l’Homme: Droits Individuels ou Droits Collectifs”. En: *Estudio General Introductorio a los Derechos del Hombre: Derechos Colectivos o Derechos Individuales*. Paris: L.G.D.J. 1980.
- _____. *Les Libertés Publiques*, t. I. Paris: P.U.F. 1981.
- RÍOS, Candelaria, *Participación y Representación legislativa de Afroperuanos e Indígenas*, Tesis de Maestría en Sociología, Lima UNMSM, 2015.
- RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Teoría y diseño de la investigación científica*. 3a. ed. Lima. Atusparia, 1991.
- ROMANO, Ruggiero y TENENTI, Alberto. *Fundamentos del Mundo Moderno*. México: Ediciones Siglo XXI, 1971.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Consagración del Ciudadano. Historia del Sufragio Universal en Francia*. México. Instituto Mora [1992], 1999.
- RUBERT, Xavier. *De la Identidad a la Independencia. La Nueva Transición*. Barcelona. Anagrama, 1999.

- RUBIO Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*, 2ª ed. Lima. Mesa Redonda Editores, 1983.
- RUIZ Rodríguez, Segundo. *La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- SALMÓN, Elizabeth. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. T. 3. Lima, IdehPUCP, 2010.
- SANDERS, Karen. *Nación y Tradición: Cinco Discursos en Torno a la Nación Peruana, 1885-1930*. Lima. Fondo de Cultura Económica / Instituto Riva Agüero, 1997.
- SANTILLÁN, Asunta et al. *Régimen especial transectorial de protección a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial*, Lima, DAR, 2007.
- _____. *Hacia una reglamentación de la ley n° 28736*, Lima, DAR, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho. Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia / Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998.
- SARTORI, Giovanni. *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*. Madrid. Taurus, 2001.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and The Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SBAZO, Imre. “Fundamentos Históricos de los Derechos Humanos y Desarrollos Posteriores”. En: Karel Vasak (com.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, vol. I. Barcelona. Serbal / UNESCO, 1984.
- SERRA, José. *Inambari: La urgencia de una discusión seria y nacional. Pros y contras de un proyecto hidroeléctrico*. Pro Naturaleza. Lima, 2010.
- SHEPARD, Glenn. *Pharmacognosy and the senses in two amazonian societies. PhD Thesis*, California, University of California at Berkeley, 1999.
- SOLIS, Alejandro *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima. UNMSM, 1991.
- SQUELLA, Agustín. *Estudios sobre Derechos Humanos*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1991.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. “El Marco Internacional del Derecho Indígena”, en *Derecho Indígena*, coordinado por Magdalena Gómez, México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- _____. “Los Derechos Indígenas: Algunos Problemas Conceptuales”, en AA. VV., *Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*. Bogotá. Nueva Sociedad, 1996.

- TAYLOR, Charles. "The Politics of Recognition", en A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton University Press, 1994.
- _____. "Por qué la Democracia necesita el Patriotismo", en *Los Límites del Patriotismo*, compilado por Joshua Cohen. Barcelona. Paidós, 1999.
- TAYLOR, Charles. *Sources of The Self. The Making of Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- TIBÁN Guala, Lourdes. *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*. Quito. INDESIC/Fundación Hans Seidel, 2001.
- TIPULA, Pedro, *Dilemas Territoriales: Comunidad Nativa, Estado y Empresas Extractivas*, Tesis Maestría en Geografía, Lima UNMSM, 2013.
- TORBISCO Casals, Neus. *Minorías Culturales y Derechos Colectivos: Un Enfoque Liberal*, Tesis Doctoral de Derecho. Barcelona, Universidad Pompeu Frabra, 2000.
- TORNERO, Yuri. "Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidenzialismo forte ed espansione dell' economia sociale di mercato", en Silvia Bagni, *Dallo Stato del Benestar allo Stato di Buen Vivir*, Boloña, Edit. Filodiritto, 2013.
- TRUJILLO, Julio César, Agustín Grijalva y Ximena Endara. *Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- UBERTONE, Fermín Pedro. *Cómo hacer una monografía jurídica: consejos prácticos para estudiantes*. Buenos Aires. De Palma, 1999.
- VAN BOVEN, Theodoor C. "Criterios Distintivos de los Derechos Humanos", en Karel Vasak, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona, Serbal / Unesco, 1984.
- VASAK, Karel. "Los Derechos Humanos como Realidad Legal". En: Karel Vasak, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal / UNESCO, 1984.
- VIROGLIO, Adriana; y Fessia Ricardo. *Como elaborar monografías y tesis*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1995.
- VILLARÁN, Manuel Vicente. "Costumbres Electorales". En: *Páginas Escogidas*. Lima: P.L. Villanueva, 1962.
- VILLORO, Luis. *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*. México. Paidós, 1999.
- VILLEY, Michele. "Les Origines de la Notion de Droit Subjectif". En: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris. Dalloz, 1976.
- _____. "Les Origines de la Notion de Droit Subjectif". En: *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- _____. "La Genèse du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam". En: *Archives de Philosophie du Droit* (Paris) 9, 1964.

- WALZER, Michael (1983): *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. Oxford: Blackwell, 1983.
- _____. *Tratado sobre la Tolerancia*. Barcelona, Paidós, 1998.
- WEISSMAN, José. “Análisis de la demanda energética en la región”, en María Fernández y Miguel Carrillo coords. *América Sumergida. Impactos de los nuevos proyectos hidroeléctricos en Latinoamérica y el Caribe*. Barcelona: Icaria editorial, 2010.
- WITKER, Jorge *La Investigación Jurídica*. México D.F. Mc Graw-Hill, 1994.
- XIRAU, Ramón. *Introducción a la Historia de la Filosofía*. México. Noriega Editores, 2000.
- YRIGOYEN, Raquel. “El Reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú, Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución”, Manuel Calvo (coord.), *Identidades Culturales y Derechos Humanos*. Madrid, Dykinson, 2002.
- _____. “El horizontes del Constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, César Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- _____. “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”. En Raquel Yrigoyen, *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, INESC/ILSA/IIDS, 2010.
- _____. “Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. A propósito de la integración (...) por la CIDH en el caso de Saramaka vs Surinam”, en *Consulta Previa, Experiencias y Aprendizajes*, Bogotá, ANH, 2009,
- ZARZAR, Alonso. *Tras las huellas de un antiguo presente. La problemática de los pueblos indígenas amazónicos en aislamiento y en contacto inicial*. Lima, Defensoria del Pueblo, 2000.
- ZIZEK, Slavoj. “Multiculturalismo, o la Lógica Cultural del Capitalismo Multinacional”. En: Slavoj Zizek y Fredric Jameson, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*. Barcelona: Paidós, 1998.

4.3. FUENTES HEMERÓGRAFICAS

- ABANTO, Alicia. “La institucionalidad indígena en el Perú”. En *Revista Argumentos*, año 5, n° 4. Setiembre 2011.
- ACOSTA, Alberto, “¡Basta a la explotación de petróleo en la Amazonía!”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez (com.), *ITT – Yasuní entre el petróleo y la vida*. Abya Yala/Universidad Politecnica Salesiana. Quito, 2010.

- ALZAMORA Valdez, Mario. "La Expresión Constitucional de la Igualdad y de los Derechos Sociales". En: *Revista del Foro* (Lima), año LXIV, 3 (jul.-sep.), 1977.
- BAZÁN, Víctor. "Derechos Indígenas y Diversidad Cultural. La Experiencia en la República Argentina". En: *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), año LI, 23 (junio), 2001.
- BIDART Campos, Germán. "Dogmática Constitucional de los Derechos Humanos. El Derecho Natural en el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos". En: *Revista Ius et Veritas* (Lima), año IV, 7, 1993.
- CARVALHO, José da Costa. "A Eletrobras e a Integracao Energética da América Latina". Presentación en Hydro Power Summit Latin America organizado por Business News Americas. Sao Paulo, 25 y 26 de mayo, 2011. Ver http://www.latinhydrosommit.com/2011/hp_congress.html (consultado mayo 2014).
- CHO, Key-Sung. "Desarrollo de las Teorías del Derecho Internacional". En: *Revista Peruana de Derecho Internacional* (Lima), t. XLIII, 103 (ene.-jun.), 1994.
- DELVAUX, Paul. "Problematique des Droits de l'Homme: Droits Subjectifs ou Droits-de-l'Etre-en Société?", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milán), Anno IV, Serie LX (1983).
- ESCOBAR Rozas, Freddy. "El Derecho Subjetivo". En: *Revista Ius et Veritas* (Lima), año IX, 16, 1998.
- ESPINOSA-SALDAÑA Barrera, Eloy. "Algunas Reflexiones sobre los Derechos Fundamentales, Instituciones Constitucionalmente Garantizadas, Participación en la Vida Política Nacional y el referéndum". En: *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* (Buenos Aires), año XV, 163 (noviembre, 1999).
- FALCÓN Y TELLA, María. "Las generaciones de derechos y la guerra", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, vol. 4 (2003), 35-53.
- _____. "Capacidad jurídica y derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, vol. 5 (2004), 215-241.
- FARRELL, Martín D. "¿Hay Derechos Comunitarios?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), 17-18 (1995).
- FINER, Matt *et al.* "Oil and Gas Projects in the Western Amazon: Threats to Wilderness, Biodiversity and Indigenous Peoples". En *PloS One*, vol. 3, N° 8 (2008). En www.plosone.org
- GARCÍA-SAYÁN, Diego. "El Derecho a la Vida y la Pena de Muerte". En: *Revista Socialismo y Participación* (Lima), 23 (septiembre, 1998).
- GAMBOA, César. "¿Excepciones al Modelo Electoral Gaditano?: Las Elecciones Directas en el Perú del Siglo XIX". En: *Revista Elecciones de la ONPE* (Lima), año 2, 2, 2003.
- _____. "La Periodificación Electoral y las Elecciones Directas en el Perú Decimonónico: Tras los Pasos de Jorge Basadre". En: *Revista Ius et Veritas* (Lima), año XIII, 27, 2003.

- _____. “Libertad vs. Identidad: Fundamento Jurídico de los Derechos Humanos Colectivos”: texto publicado (versión electrónica) en *Revista Aportes Andinos, Programa Andino de Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar*, n° 11, octubre 2004, 1-13, 2003.
- _____. “El Carácter Político de los Derechos Colectivos”. *Revista Cátedra, Universidad San Marcos*, año VI, n° 10, diciembre 2003.
- _____. “Aproximación Teórica a los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas”: texto publicado en *Revista Derecho & Sociedad, Pontificia Universidad Católica del Perú*, año XIV, n° 21, diciembre 2003.
- GONZÁLEZ Galván, José A. “La Reforma Constitucional en materia Indígena”. En: *Cuestiones Constitucionales* (México), 7 (jul.-dic.), 2002.
- GUTMANN, A. “The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics”. En: *Philosophy and Public Affairs* (Princeton), vol. 22, 3, 1993.
- HARO, Ricardo. “Tendencias Contemporáneas en el Derecho Constitucional”. En: *La Revista Jurídica del Perú* (Lima), año LI, N° 24 (julio), 2001.
- KYMLICKA, Will.. “Derechos Individuales y Derechos de Grupo en la Democracia Liberal”, *Isegoria: Revista de Filosofía Moral y Política* (Alicante), 14 (1997).
- LANDA Arroyo, César. “Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993”. En: *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), 16 (jul.-set.), 1988.
- LAPORTA, Francisco. “Sobre el Concepto de los Derechos Humanos”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), 5, 1988.
- _____. “Comunitarismo y Nacionalismo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), 17-18 (1995).
- NINO, Carlos Santiago. “Kant versus Hegel, Otra vez”. En: *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad* (Barcelona), n. 1, 1996.
- PLANTY-BONJOUR, Guy. “La Majestad del Estado y la Dignidad de la Persona según Hegel”. En: *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, (Lima), trad. castellano: César L. Gamboa Balbín, año 3, 4 [1991], 2001.
- RIVERO, Jean. “Vers de Nouveaux Droits de l’Homme”. En: *Revue des Sciences Morales et Politiques* (París), 4, 1982.
- SALDAÑA, Javier. “Críticas en torno del Derecho Subjetivo como Concepto de los Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México), N° 86 (may.-ago. 1996).
- SANTISTEVAN De Noriega, Jorge. “Ideales y Realidades de la Declaración de los Derechos Humanos”. En: *Revista Cátedra* (Lima), año III, 4, 1999.
- SMITH, Michel. “Modernización, Globalización y Estado Nación”. En: *Política Internacional*,

Revista de la Academia Diplomática del Perú (Lima), 45 (jul.-sep.), 1996.

TORRES Y TORRES Lara, Carlos. “Los Derechos Fundamentales de las Personas Jurídicas y la Constitución Económica”. En: *Revista del Foro* (Lima), año LXXIV, 1 (ene.-jun.), 1987.

WALZER, Michael. “La Crítica Comunitarista del Liberalismo”, *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad* (Barcelona), 1 (1996).

ANEXO

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

1. **Constitucionalismo** De acuerdo al jurista alemán, Alexy, el constitucionalismo “es el discurso jurídico que nos explica la organización del poder, su validez y legitimidad del poder señalado en la Constitución”¹. Teorías jurídicas como el neoconstitucionalismo o la interpretación constitucional nos permitirán identificar las tensiones o incoherencias en la incorporación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1993.
2. **Democracia Deliberativa.** De acuerdo al jurista Gargarella, es un planteamiento teórico sobre un tipo de democracia por el cual la forma de gobierno no se manifiesta por la regla de la mayoría sino por la “construcción o la toma de decisiones a través de la elaboración de normas sustanciales a partir de procedimientos que lleven a los consensos políticos y sociales. Ello permite la incorporación del dialogo cultural y la incorporación de los pueblos indígenas en las democracias tradicionales (representativas y directas)”².
3. **Derechos Colectivos.** Tomamos la definición del experto en derecho de pueblos indígenas, Fergus Mackay, el cual señala que los derechos colectivos “son prerrogativas jurídicas que se le reconocen a grupos humanos por criterios sociales (relación de desigualdad, históricos, lingüísticos, etc.) como titular de estos derechos”³.
4. **Derechos Humanos de Tercera Generación.** Es el grupo de derechos humanos que aun no siendo positivizados, se definen como libertades de no dominación, donde el titular de los derechos, es un sujeto de derecho colectivo, como la humanidad, los pueblos indígenas, las naciones, las minorías étnicas o culturales, etc. y que reclaman el reconocimiento de un trato igualitario como grupo humano, y no como titular al individuo.
5. **Sujeto de Derecho.** Según Fernández Sessarego, “es el centro de imputación de derechos y deberes”⁴. Es decir, dentro del desarrollo del derecho como ciencia y técnica, la noción de sujeto de derecho remplace a la noción de derecho subjetivo y se considera como el titular ontológico del orden normativo. Es decir, para Segundo Ruiz esto implica que “a razón que

¹ ALEXY, Robert *Derechos Fundamentales*, 2da ed., Madrid, CEPC, 2008, pp. 55 y ss.

² GARGARELLA, Roberto, *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un Breve Manual de Filosofía Política*. Barcelona, Paidós, 1999, pp. 13 y ss.

³ MACKAY, Fergus *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima, Asociación Pro Derechos Humanos, 1999, p. 8.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, Universidad de Lima, 1990, p. 44.

los pueblos indígenas son un tipo de sujetos de derecho que gozan de autodeterminación especial”⁵.

6. **Cultura Societaria.** Es el conjunto de patrones sociales dispuestos en la estructura social (jurídico normativo, estatal e institucional), que identifican a un grupo cultural que mantiene una hegemonía social y política sobre otro conjunto dentro de una sociedad.
7. **Minorías étnicas.** Son grupos sociales que mantienen una relación de identidad racial y son un porcentaje minoritario en una sociedad donde hay un grupo étnico dominante.
8. **Minorías Culturales.** A definición del jurista español Torbisco, se entiende como minorías culturales “a aquellos grupos numéricamente inferiores en un Estado cuyos miembros se ven a sí mismos como portadores de una identidad cultural distintiva a la que atribuyen un valor y que, por tanto, desean mantener”⁶.
9. **Grupos Culturales.** Son un “conjunto de personas que mantienen una identidad entre ellos sobre la base de una historia, lengua, u otro elemento que común que los une”⁷.
10. **Minoría.** Hace referencia a un conjunto de individuos que, por determinadas circunstancias, se encuentra en inferioridad respecto de otro conjunto al que se ven unidos por alguna relación contingente.
11. **Minorías Nacionales.** A decir, del profesor español Calsamiglia, “es la constitución y existencia de una nación en un Estado en el cual la comunidad política organizada es otra nación, imperante y mayoritaria”⁸.
12. **Minorías Sociales.** Aquellos grupos que sufren desventajas o discriminaciones en el trato social que reciben derivadas, básicamente, de prejuicios históricamente arraigados.
13. **Multiculturalismo.** Es “una situación de hecho donde jurídica y socialmente se reconoce los derechos e identidades distintas de grupos culturales que conviven en una misma sociedad”⁹.
14. **Interculturalidad.** “Es la relación igualitaria y de reconocimiento que se desarrolla en una sociedad y donde el Estado mantiene, dentro de las políticas públicas, una relación activa con respecto a este rol”.

⁵ RUIZ RODRÍGUEZ, Segundo, *La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 32.

⁶ TORBISCO CASALS, Neus, *Minorías Culturales y Derechos Colectivos: Un Enfoque Liberal*, Tesis Doctoral de Derecho. Barcelona, Universidad Pompeu Frabra, 2000, p. 54.

⁷ BENEDICT, Anderson, *Comunidades Imaginadas: Reflexiones sobre el Origen y la Difusión del Nacionalismo*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13.

⁸ CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de Lealtad*. Barcelona, Paidós, 2000, p. 26.

⁹ SARTORI, Giovanni. *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*. Madrid, Taurus, 2001, pp. 111 y ss.

15. **Pluralismo Cultural.** Es la situación de hecho donde en una “sociedad se encuentran en relación varios patrones culturales que son representados por grupos humanos”¹⁰.
16. **Legislación Comunitaria.** Es el conjunto de normas jurídicas que son sancionadas por los órganos de un organismo internacional de integración. En nuestra tema de investigación, por los órganos de la Comunidad Andina de Naciones.
17. **Tratados Internacionales.** Son acuerdos que regulan, crean, modifican, extinguen relaciones jurídicas internacionales entre sujetos de derecho internacional (Estados, organismos internacionales, grupos reconocidos como beligerantes)
18. **Comunitarismo.** Es una teoría política que explica y fundamenta los derechos humanos de tercera generación para grupos humanos que mantienen una identidad cultural, lingüística, étnica o nacional y que se encuentran en una situación de indefensión con respecto a otro que ejerce una posición dominante.

¹⁰ VILLORO, Luis, *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*, México, Paidós, 1999, p. 34.