

Universidad Ricardo Palma
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Título de investigación:



“La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas.”

Tesis para obtener el título profesional de Licenciado en
Derecho

Autor:

José Daniel Valdivia Linares

Asesor:

Alejandro Martin, Rojo Martínez

Lima, Perú

2017

DEDICATORIA:

Dedico esta tesis a mis padres Elba Cristina Linares Maza y Marcial Valdivia Vásquez por enseñarme que los logros en la vida se consiguen con esfuerzo y que la verdadera familia es la que te brinda su apoyo.

Que el mayor sueño de ustedes es y siempre será que sus hijos triunfen en la vida, llenándose de orgullo por el camino que elijan.

Gracias por estar conmigo, Daniel.

AGRADECIMIENTO:

Un agradecimiento especial al maestro Alejandro Martín Rojo Martínez, quien me oriento, apoyo e instruyo con un interés y una entrega que han sobrepasado, con mucho, todas las expectativas, que como alumno, deposité en una persona. Enseñándome el verdadero significado de la palabra maestro.

Gracias, Daniel.

Índice

Contenido

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	10
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	10
1.1 Descripción de la situación problemática	10
1.2 Formulación del Problema:	13
1.2.1 Pregunta general:	13
1.2.2 Preguntas específicas:	13
1.3 Antecedentes:	14
1.4 Objetivos	18
1.4.1 Principal:	18
1.4.2 Secundarios:	18
1.5 Justificación	18
1.6 Hipótesis	20
1.6.1 Hipótesis principal	20
1.6.2 Hipótesis secundarias	20
1.7. Limitaciones del estudio	21
1.7.1 Externas:	21

1.7.2 Interna:	21
1.8 Viabilidad:	21
1.9 Diseño metodológico	22
1.9.1 Técnicas para el procesamiento de información	24
1.9.2 Criterios éticos y de rigor científico	24
1.10 Definición de términos básicos:	25
CAPÍTULO II	29
MARCO TEORICO	29
2. Bases Teórico Científicas del estudio:	29
2.1 Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas u originarios .	29
2.1.1 El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo	29
2.1.2. La Ley N° 29785 Ley del Derecho a Consulta previa de los pueblos indígenas originarios	36
2.2 La consulta previa en Latinoamérica	47
2.2.1 El Convenio N° 169 de la OIT	48
2.2.2 La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	50
2.2.3 La Consulta previa en Bolivia	53
2.2.4 La consulta previa en Colombia	56
2.2.5 La consulta previa en Ecuador	58

CAPÍTULO III	63
ANÁLISIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	63
3 .Análisis de la Ley N° 29785 que desarrolla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, en relación con el Convenio N° 169 de la OIT y su reglamento	63
3.1 Ley N° 29785 del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	63
3.2 Reglamento de la Ley N° 29785 del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	77
3.3 La Consulta Previa en relación al Estado, Pueblos Indígenas u Originarios y las Empresas Privadas.	80
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	97
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

Índice de Cuadros

Cuadro N° 1	Países que ratifican el Convenio N° 169	49
Cuadro N° 2	Etapas del proceso de consulta previa	73

INTRODUCCIÓN

El Perú es un país mega diverso en el que podemos encontrar desde civilizaciones, cuyas edificaciones se mantienen hasta la actualidad y también una gran variedad de recursos naturales, que hacen de nuestro país sea único. Algunos de estos recursos son de carácter primario y representan un sector económico importante para el país, puesto que representan aproximadamente el 21.1% del PBI¹.

Los sectores económicos de mayor importancia en nuestro país son los relacionados a las actividades extractivas y por lo tanto nos brindan un mayor provecho económico y de largo desarrollo. Las principales actividades extractivas del país son: el sector pesquero, el sector agrícola, el sector de hidrocarburos, el sector minero, entre otros.

Las actividades extractivas si bien traen beneficios también traen consigo problemas, los cuales son generados de la propia realización de la actividad, estos se dan en gran parte en el sector minero debido a que los proyectos muchas veces se desarrollan cerca o dentro de los pueblos o comunidades indígenas.

¹ INEI. Producto Bruto Interno: Comportamiento de la Económica Peruana en el Cuarto Trimestre 2016. p. 55

Ante la posible afectación de los derechos por parte de la realización de un proyecto de inversión privada o una medida legislativa o administrativa que afectarían a las comunidades indígenas existe la consulta previa. Este proceso, es un derecho reconocido en el Convenio N°169 de la OIT y por nuestro país desde su ratificación en el año de 1995, que tiene como fin la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios pero en nuestro país este proceso es aplicado de manera incorrecta porque los roles de las partes del proceso muchas veces están distorsionados o son incorrectos generando conflictos sociales con graves consecuencias, como lo ocurrido en Bagua.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1 Descripción de la situación problemática

El Estado Peruano busca la promoción de la inversión privada por lo cual ha adoptado diversos incentivos para la empresa privada, principalmente ofrece la estabilidad jurídica a fin de evitar cambios normativos perjudiciales para las empresas, entre las que se encuentran las empresas mineras. Se han creado condiciones favorables para que el empresario minero pueda desarrollar su actividad, dando origen a un auge de dicha actividad en los últimos años.

La minería debería ser un gran generador de desarrollo y progreso en los lugares más apartados y olvidados del país, puesto que genera el derecho a un canon y algunas contribuciones adicionales como la construcción de carreteras, generación de energía, instalaciones portuarias, obras sanitarias, viviendas, escuelas y recreación, pero en el país actualmente existen aproximadamente 147 conflictos sociambientales y 207 conflictos sociales en total, para Septiembre del 2016 están ligados en su mayoría a las actividades de extracción de recursos naturales² siendo el sector minero originario de muchos de estos conflictos; en la mayoría de casos tenemos que tener presente que estos conflictos se dan por la mala aplicación de la consulta previa y al incorrecto rol del Estado dentro del proceso de consulta, lo que

² Defensoría del Pueblo. (2016). Reporte de Conflictos Sociales N° 151. Revisado el 05/01/2017 Recuperado de: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3#r>

genera desconfianza y desinformación por parte de las comunidades indígenas debido a que en ningún momento se busca entablar un diálogo sobre la medida de la cuales podrían ser afectos.

En este sentido, podría decirse que estos conflictos, en su mayoría pueden haber sido causados debido a la tardía intervención del estado frente a los pueblos indígenas u originarios, que además son incrementados por las condiciones poco favorables para el desarrollo de estos y también por tener una visión diferente del mundo natural, sintiendo estas comunidades poca preocupación por parte del Estado, ya que se les brinda importancia cuando se va a realizar algún proyecto de gran envergadura o se va dar medidas legislativas que los puedan afectar, sintiéndose muchas veces utilizados e ignorados.

Asimismo ocurre porque el Estado no reconoce, y no ejecuta correctamente la consulta previa. Este es el derecho de consulta que tienen los pueblos indígenas u originarios, reconocidos por el convenio 169 de la OIT ratificado por el congreso el 2 de diciembre de 1994 mediante Resolución Legislativa N° 26253 el cual entró en vigencia 12 meses después de su ratificación.

Los conflictos que se generan debido al incorrecto rol del Estado frente a los pueblos indígenas u originarios, por su inoperancia o la incorrecta aplicación de la consulta previa van en aumento, por ejemplo podemos mencionar algunos casos donde se desarrollaron conflictos entre el Estado, las comunidades y las empresas:

Un caso emblemático para el país y que puso sobre la mesa el tema de la consulta previa es el caso de Bagua o el llamado “Baguazo” en el año 2009. Este se dio porque en el gobierno de Alan García se buscaba la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, con el cual se brindaba en la Amazonia peruana mayor facilidades para la actividad minera, hidrocarburifera e hidroeléctrica, afectando directamente a las comunidades indígenas. Uno de los proyectos que se pensaban desarrollar era el de la minera Afrodita, pero involucraba una zona legalmente protegida. Todo esto genero uno de los hechos de violencia más sangrientos en los últimos años del país, que dejaron un saldo de 33 muertos entre policías e indígenas³. A raíz de este conflicto se implementó años más tarde la Ley 29785 de Consulta Previa.

Como se observa en líneas anteriores el caso de Bagua es uno de los muchos conflictos generados por la mala aplicación de la consulta previa en el territorio Peruano. Debemos resaltar que la problemática presente en el caso en específico son los distintos intereses que tienen las partes involucradas en relación a las medidas administrativas o legislativas o proyectos extractivos que se pretende realizar, asimismo se advierte la falta de comunicación que existe en el Estado y las comunidades, esto se da por incorrecta aplicación de la consulta previa.

El proyecto de tesis se sustenta en la incorrecta aplicación de la consulta previa en nuestro país estudiando el rol del Estado, de las comunidades u pueblos originarios y la empresa privada , la problemática que dará lugar a la investigación se

³ Federación Internacional de Derecho Humanos. *Perú-Bagua: Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazónico*. p.4

centra en si una correcta aplicación de la consulta previa puede brindar estabilidad entre el estado, las empresas y las comunidades indígenas, estableciendo los roles de cada parte involucrada para poder lograr un trabajo en conjunto, en donde se puedan beneficiar todos, creando un clima de cooperación y desarrollo mutuo, dando soluciones viables a los conflictos sociales que se han desarrollado en el territorio nacional o se puedan desarrollar en un futuro.

1.2 Formulación del Problema:

1.2.1 Pregunta general:

- ¿Qué problemas surgen de la aplicación de la consulta previa en el país a partir de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas?

1.2.2 Preguntas específicas:

- ¿Qué problemas surgen de la aplicación de la consulta previa en el país a partir del roles del Estado?
- ¿Qué problemas surgen de la aplicación de la consulta previa en el país a partir de los pueblos indígenas?
- ¿Qué problemas surgen de la aplicación de la consulta previa en el país a partir de las empresas privadas?

1.3 Antecedentes:

Se han encontrado pocos proyectos de investigación referente a la consulta previa en nuestro país, debido a ellos solo se puede mencionar como antecedentes a los siguientes materiales bibliográficos

El libro derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina de los autores, Vladimir Ameller, Diego Chávez, André Fernando, Guillermo Padilla, Guisela Mayén, Leticia Aparicio, Jorge Panay, Mirva Aranda; prefacio Sussanne Käss brinda una visión general de la situación de la consulta previa en toda Latinoamérica, buscando que las comunidades indígenas u pueblos originarios sean respetados y tomados en cuenta.

Esta fuente bibliográfica centra la investigación en la aplicación de la consulta previa en países tales como Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, entre otros. Dando una visión general sobre cómo es que se ha implementado este proceso después de la ratificación del convenio 169 de la OIT en cada país estudiado.

Se tomará como referencia el capítulo que se centra en los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú. Este capítulo explica el desarrollo de la consulta previa en nuestro país, desde la ratificación del convenio 169 de la OIT hasta la implementación de la Ley de Consulta Previa (N°29785).

Por ultimo menciona los roles de los actores involucrados en el proceso de la consulta previa, estableciendo los errores más comunes entre ellos y también

brindando posibles soluciones, que ayuden a la correcta aplicación de la consulta previa en el país.

El libro titulado “Manual de Derecho Ambiental” de Carlos Andaluz Westreicher, realiza un análisis y comenta las normas legales que derivan de las actividades extractivas que existen en el país analizando su marco jurídico y su aplicación.

En el desarrollo del libro, se rescató para el presente trabajo de investigación lo referido a la propiedad de los recursos naturales, donde explican que los recursos naturales le pertenecen a la nación y no al Estado como muchos es conocido. También el capítulo donde se desarrolla los instrumentos de gestión ambiental es importante para nuestra investigación, porque nos da información sobre los estudios de impacto ambiental y lo que estos deben contener.

En materia de consulta previa, menciona conceptos sobre los pueblos indígenas, que derechos poseen y como son reconocidos legalmente en nuestro país.

El libro derecho a la consulta previa libre e informada de los autores Guisela Mayén, Daniela Erazo e Ivan Lanegra estudia la consulta previa desarrollada en Guatemala, Ecuador y Perú. Brinda nociones sobre cómo está regulada la consulta previa en estos países y los problemas que resultan de una mala aplicación de la consulta previa derivada de las actividades de extracción.

La comparativa entre los países estudiados es una muy buena fuente de información ya que nos brinda referencia de cómo está legalmente desarrollado. El Perú es único país que innovo en la regulación por la creación de la Ley de Consulta Previa (N°29785); si bien fue algo novedoso, también trae consigo ciertas deficiencias en su marco regulatorio. Todos los conflictos generados por las actividades extractivas se dan en su mayoría por la mala aplicación de la consulta previa, generando que los proyectos queden sin ser desarrollados y por ende no dando beneficios para nuestro país.

En la parte final del libro se da soluciones en materia regulatoria, social, económica y también delimita el correcto actuar de las partes dentro de estos conflictos.

La tesis de Cristina Blanco Vizarreta, con título: El proyecto conga desde los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para optar el grado de Magister realiza un estudio centrado en la empresa minera Yanacocha, enfocándose en el caso Conga. A manera de introducción nos delimita toda la línea de tiempo de la empresa minera con el proyecto Conga, estudiando el conflicto desde sus inicios hasta la culminación de este.

El conflicto llega a su punto más fuerte tras la aprobación el proyecto Conga, mediante su estudio de impacto ambiental (EIA). Siendo las negociaciones y acercamiento de la minera con las comunidades obsoleto, debido a que las comunidades consideraban que no se les había tomado en cuenta en el EIA,

enfocándose este solamente en los problemas sociambientales que generaría el proyecto y no en el posible impacto social.

La Federación Internacional de Derecho Humanos. Hace una publicación sobre el análisis del conflicto de Bagua desarrollado en el año 2009. Esta investigación realizada por la Federación Internacional de Derechos Humanos, nos brinda información referente al conflicto que ocurrió en el Perú en el año 2009, dejando un saldo de 33 muertos según cifras oficiales. El estudio en cuestión analiza la parte amazónica de nuestro a manera de información general, el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos que fue el principal causante del conflicto y la vulneración del derecho de consulta previa, que tenían los pueblos indígenas.

En la parte final del análisis de la investigación, se llega a la conclusión de que se vulneraron los derechos humanos, el derecho al debido proceso por detenciones arbitrarias de la policía. También se debe tomar en cuenta la mala actuación del estado y además sumarle una policía mal organizada que en lugar de lograr controlar el problema genero más violencia quedando al final una cifra de 33 muertos y 200 heridos entre indígenas y policías.

1.4 Objetivos

1.4.1 Principal:

- Determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el país, a partir de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas.

1.4.2 Secundarios:

- Determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el país, a partir de los roles del Estado.
- Determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el país, a partir de los pueblos indígenas.
- Determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el país, a partir de las empresas privadas.

1.5 Justificación

La minería en el Perú ocupa un lugar importante en las actividades económicas y es hoy una de las fuentes principales de desarrollo. Los minerales son recursos naturales que se consideran materia prima imprescindible para la industria, y el territorio peruano que es atravesado en toda su longitud por la cordillera de los Andes, tiene una gran cantidad de yacimientos mineros, por esta razón la industria minera peruana constituyó la fuente del 50% de nuestras divisas, el 20% de la

recaudación fiscal, el 11% del Producto Bruto Interno para el año 2015, según el Instituto Peruano de Economía ⁴.

Esta investigación se da en torno al incremento significativo de los conflictos sociales por la incorrecta aplicación de la consulta previa, ya que si bien existe regulación referente a ella esta no ha logrado prevenir ni brindar soluciones a los problemas con las comunidades indígenas u pueblos originarios.

La investigación tendrá gran relevancia social ya que podrá dar soluciones viables para un trabajo en conjunto entre el Estado, las comunidades y las empresas privadas, ha esto llegaremos analizando el Convenio N°169 de la OIT, el caso “Bagua”, Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y como se regula la consulta previa en otros países de Latinoamérica, para así brindar soluciones correspondientes a cada parte involucrada.

La motivación para la realización del estudio es lograr que los pueblos indígenas u comunidades originarias logren un desarrollo progresivo y sistemático junto al Estado mediante trabajo en conjunto, estableciendo los roles de cada parte involucrada logrando mantener un equilibrio entre el desarrollo sostenible y la economía del país.

⁴ Vargas, Juan. *¿Por qué es tan importante la minería para el Perú?* Publicado en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/que-tan-importante-mineria-peru-noticia-1818701>, consultado el 12 de noviembre del 2016.

1.6 Hipótesis

1.6.1 Hipótesis principal

- Los problemas por los cuales se da una incorrecta aplicación de la consulta previa se encuentran íntimamente vinculados con el deficiente rol que cumplen el Estado y las empresas privadas, que no utilizan los mecanismos correctos para entablar una relación eficiente con los pueblos indígenas, cuya falta de organización también es evidente y conlleva a aumentar las situaciones de conflicto.

1.6.2 Hipótesis secundarias

- Los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa están íntimamente vinculados con el rol deficiente que cumple el Estado.
- Los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa están íntimamente vinculados con los pueblos indígenas u originarios, debido a que no están organizados correctamente.
- Los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa están íntimamente vinculados con el rol deficiente que cumple las empresas mineras.

1.7. Limitaciones del estudio

1.7.1 Externas:

- El financiamiento dentro de este trabajo estara limitado porque no se podra viajar al lugar donde se desarrollo el conflicto de Bagua.
- Estamos limitados a los horarios de atencion del Ministerio de cultura, la Defensoria del Pueblo.
- Las empresas mineras no conceden entrevistas para tratar temas sobre la consulta previa debido a que consideran que la consulta previa un mecanismo no beneficioso para ellas.

1.7.2 Interna:

- Existen bibliografía referente a la consulta previa desde distintos punto de vista por lo cual llegar a un concenso entre autores es un dificil.
- Las comunidades u pueblos originarios deben ser reconocidos por el ministerios de cultura en su pagina web, pero esta pagina hasta la fecha no incluye a todas las comunidades por lo que no puede ser una fuente 100% confiable.

1.8 Viabilidad:

Este trabajo de investigacion servira para determinar los roles del estado, las comunidades y las empresas privadas dentro del proceso de consulta previa en pro del trabajo en en conjunto, logrando brindar soluciones que sirvan como mecanismos para el fortalecimiento de las relaciones entre las partes involucradas.

Ademas servira a otros paises de modelo para buscar una correcta aplicación del proceso de consulta previa y asi solucionar los conflictos derivados de las actividades extractivas, logrando un ambiente de cooperacion y desarrollo.

1.9 Diseño metodológico

Antes que pasemos a definir el diseño metodológico debemos tener claro el concepto de investigación.

La investigación “*es un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema*”⁵. Luego de tener un concepto claro sobre lo que significa investigación podemos entonces decir que el diseño metodológico es un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que buscan la solución al problema planteado en la investigación. Este posee dos enfoques, el cuantitativo y el cualitativo.

El enfoque cuantitativo es un “*conjunto de procesos de carácter secuencial y probatorio. Siendo el orden esencial y obligatorio no pudiendo así saltarse etapa alguna. Parte de una idea, derivando de ella objetivos, preguntas y finalmente la hipótesis de la investigación. Esta se basa en la revisión de literatura, construyendo*

⁵ Hernández, Roberto. 2014. *Metodología de la investigación, 6ta ed.* México. Interamericana editores S.A. p. 4

*así un marco teórico que servirá para comprobar la hipótesis planteada, mediante recolección y análisis de datos estadísticos, siendo el punto final las conclusiones*⁶.

Por otro lado el enfoque cualitativo es a diferencia del cuantitativo es *“un proceso que no tiene un secuencia definida, se podría decir que es un proceso de carácter circular, ya que la hipótesis puede ser planteada antes de la recolección de información, como también puede ser durante o después de la recolección de datos, comprobándola luego del análisis e interpretación de la información recolectada”*⁷.

En conclusión podemos decir que este método es más susceptible a cambios durante su desarrollo que el cuantitativo.

Dentro del presente trabajo se realizara una investigación de carácter cualitativo, a fin de ahondar y realizar un mayor análisis a los problemas que surgen de una incorrecta aplicación de la consulta previa siendo está íntimamente vinculada con el deficiente rol que cumplen el Estado y las empresas privadas. Las cuales no utilizan los mecanismos correctos para entablar una relación eficiente con los pueblos indígenas, cuya falta de organización también es evidente y conlleva a aumentar las situaciones de conflicto. Estableciendo en las conclusiones posibles soluciones que podrían evitar futuros conflictos ligados a la consulta previa.

⁶ Hernández, Roberto. 2014. *Metodología de la investigación, 6ta ed.* México. Interamericana editores S.A. p. 4-5

⁷ Hernández, Roberto. 2014. *Metodología de la investigación, 6ta ed.* México. Interamericana editores S.A. p.

1.9.1 Técnicas para el procesamiento de información

En el desarrollo de la presente tesis se utilizara la técnica de investigación documental la cual “*sirve para el análisis, revisión e interpretación de documentos*”⁸.

Los materiales que revisaremos son:

- Análisis Doctrinario, revisión de material referido a la consulta previa y concesiones mineras.
- Análisis de la Legislación referida a la consulta previa y concesiones mineras.
- Se utilizaran informes y artículos referidos a la consulta previa
- Utilizará fichas académicas para la administración de la información.

1.9.2 Criterios éticos y de rigor científico

El principal criterio ético con el que se desarrollara en el trabajo de investigación será la honestidad de parte del investigador, tanto en la imparcialidad del análisis de los hechos, doctrina y legislación, así como la correcta citación bibliográfica de los textos especializados utilizados y de sus autores.

Los criterios de rigor científico que utilizaremos en la presente investigación serán la Transferibilidad y la veracidad; transferibilidad referida a la trascendencia de la investigación a desarrollar para la doctrina, legislación y realidad internacional, la cual sin lugar a duda aportara de manera concreta soluciones a los problemas que

⁸ Ramírez Atehortúa, Fabián Hernando; Zwerg-Villegas, Anne Marie. 2012. Metodología de la investigación: más que una receta. Colombia. AD-minister, núm. 20, enero-junio, 2012, pp. 91-111. Consultado el 21 de mayo del 2017. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/3223/322327350004.pdf>

derivan de la consulta previa, de la misma manera a las legislaciones internacionales al ser la consulta previa un derecho reconocido mundialmente.

La veracidad como criterio de rigor científico se expresara en la alta credibilidad de los textos y documentos científicos que utilizaremos en la investigación a desarrollar. Los cuales tendrán como criterio selectivo el pertenecer a las más altas instituciones de Educación e investigación científica.

1.10 Definición de términos básicos:

- **Consulta previa:**

La consulta previa en el ámbito nacional es definida en el artículo. 2 de la Ley 29785 como *“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”*.

Podemos entender entonces que la consulta previa es el derecho colectivo que poseen los pueblos indígenas u originarios, de ser consultados ante medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos, para así buscar preservar una cultura, identidad e integridad territorial.

Todo ello en virtud del Convenio 169 de la OIT el cual busca “*garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte 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*”.⁹

- **Concesión minera**

La concesión minera según el artículo 9 de TUO de la Ley General de Minería es “*aquella que otorga al titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM)*”.¹⁰ Como observamos en el párrafo anterior, la Ley minera no brinda un concepto claro sobre lo que es una concesión minera, esta solo menciona que derechos son emanados de la concesión, como también menciona las características que esta posee.

Para complementar el concepto emanado de la ley general de minería tomaremos las palabras de Belaunde Moreyra, el cual nos dice que una concesión minera “*Es un acto administrativo expedido por la autoridad minera competente,*

⁹ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.8

¹⁰ Texto único ordenado de ley general de minería, Artículo 9.

*enmarcado dentro de una legislación preexistente, obligatorio y que requiere forzosamente de la petición del interesado con arreglo a los requisitos establecidos en la ley*¹¹.

A manera de complemento, nosotros podemos entender que la concesiones minera es *“aquel acto administrativo emanado por el estado a solicitud de una persona natural o jurídica por la cual se habilitan los derechos de explorar y explotar recursos minerales dentro de un sólido de profundidad indefinida siendo el área delimitada por coordenadas UTM, todo ella en marco del Texto Único Ordenado de La Ley General de Minería. Este concepto nos parece un poco más completo al que se puede observar en la Ley de Minería.*

- **Estudio de Impacto Ambiental (EIA):**

Los Estudios de Impacto Ambiental o EIA, según el art. 25 de la Ley General del Ambiente *“son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad”.*

¹¹ Belaunde, Martin. 2013. “Derecho Minero y Concesión”. Lima. Editorial San Marcos E.I.R.L. p.56

Luego de analizar el artículo anteriormente mencionado podemos entender que el EIA es un instrumento que trata de reflejar las diversas etapas por las que va a través un proyecto determinado, se podría decir que es la hoja de vida de todo el proyecto abarcando el antes, durante y después del proyecto que se busca realizar. Como dice Andaluz *“recoge los problemas ambientales, sociales, culturales y patrimoniales que una determinada actividad genera, con el objeto de predecir, identificar, ponderar, corregir y, de ser posible, eliminar dichos problemas”*¹²

¹² Andaluz, Carlos. (2016). “Manual de Derecho Ambiental”. Lima: Iustitia S.A.C. p.521

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2. Bases Teórico Científicas del estudio:

El presente trabajo de investigación se centrará el estudio en la consulta previa analizando su historia en nuestro país desde la ratificación del convenio 169 de OIT hasta la implementación de la ley de la consulta previa y su reglamento. Todo ello en relación al sector minero, siendo este generador de mayores conflictos ligados a la actividad extractiva en el país, estableciendo la relación entre las comunidades indígenas u pueblos originarios y las empresas privadas.

2.1 Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas u originarios

2.1.1 El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo

2.1.1.1 Antecedentes:

La Consulta Previa en el Perú no es un derecho reconocido recientemente, este fue reconocido por el Estado Peruano hace ya 23 años desde que el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales fuese ratificado por el congreso de la Republica en el año 1994.

El convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales “es *un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el*

año 1989”¹³. Este convenio busca que los pueblos indígenas mantengan y fortalezcan sus culturas, formas de vida y puedan formar instituciones propias para así poder participar de manera efectiva en las decisiones que les afecten. Asimismo, dicho tratado busca garantizar que los pueblos indígenas puedan decidir sobre su proceso de desarrollo, cuando exista un hecho que pueda afectar sus vidas, creencias, instituciones o el territorio donde habitan.

El acuerdo consta de 46 artículos, que serán analizados posteriormente, los cuales establecen “*estándares mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen la propiedad de sus tierras, los recursos naturales dentro de sus territorios, la preservación de sus conocimientos tradicionales, la autodeterminación y la consulta previa. Además, el Convenio cubre un amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, como derecho individuales y colectivos relativos a la educación, salud y el empleo.*”¹⁴

En el Perú el Convenio de la OIT fue “*aprobado mediante Ley N° 26253 el 2 de septiembre de 1993. Siendo Ratificado por el Congreso el 17 de enero de 1994, entrando en vigencia el 2 de febrero de 1995*”¹⁵. Según la Constitución Peruana de 1993 este tratado forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1995, siendo exigible desde esa fecha.

¹³ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.19

¹⁴ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.10-11

¹⁵ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.201

2.1.1.2 Los Pueblos Indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT:

Como hemos podido observar en el punto anterior, el Convenio 169 de la OIT busca proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales, evitando que pudieran sufrir de actos discriminatorios o marginación alguna.

Para comenzar a entender la correcta aplicación de este Convenio, debemos centrarnos en lo que este reconoce como Pueblos Indígenas y Tribales, para ello nos remitiremos al Artículo 1° del Convenio N° 169 de la OIT:

“Artículo 1.1.El presente convenio se aplica (...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas culturales y políticas o parte de ellas.

*Artículo 1.2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (...)*¹⁶.

¹⁶ Artículo 1 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.20

Luego de un breve análisis del artículo 1 del Convenio, entendemos que la norma no brinda un concepto exacto sobre pueblos indígenas o tribales, empero menciona criterios objetivos y subjetivos (estos criterios serán desarrollados más adelante) mediante los cuales pueden ser identificados. Esto se debe a que *“La comunidad internacional no ha adoptado una definición de pueblo indígena y la opinión predominante hoy es que una definición universal no es necesaria para el reconocimiento y la protección de sus derechos”*¹⁷. *Estamos de acuerdo en que no es necesario una definición exacta sobre pueblo indígena porque enmarcar a todos en un solo concepto sería erróneo debido a que existen aproximadamente “370 millones de personas indígenas en más de 70 países del mundo, constituyendo estos el 5% de la población mundial”*¹⁸, es decir existen tantos pueblos indígenas o tribales en el mundo con costumbres y creencias diferentes que quizás al tratar de establecer un concepto unificado, este no reconocería derechos a muchos de ellos.

El Convenio N° 169 nos brinda criterios objetivos y subjetivos que nos servirán para el análisis del artículo 1.2 referido a la identidad indígena, asimismo para que podamos entender finalmente quienes son considerados pueblos indígenas y tribales.

“El criterio objetivo se basa en que se debe descender de poblaciones que habitaron el país o una determinada región geográfica, desde la época de la conquista o la colonización. También aquellos que poseen costumbres propias,

¹⁷ United Nations Development Group. 2008. *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*. p.10

¹⁸ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2013. *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989(num.169).Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra. p. 2

*condiciones sociales culturales y económicas que les distinguen de otros sectores de la colectividad. Por otro lado tenemos el criterio subjetivo basado en la conciencia de la identidad indígena es decir que la persona se sienta identificada como parte de ese pueblo, se reconozca como indígena, tanto de manera individual como colectivamente, respetando sus propias costumbres y sus leyes”.*¹⁹

A manera de conclusión podemos decir entonces que una comunidad indígena es un grupo de personas que viven con sus propias costumbres, creencias, normas o leyes puesto que son anteriores a la formación del Estado y tienen un estilo de vida diferente al de un ciudadano común.

2.1.1.3 La Consulta Previa en el Convenio N° 169 de la OIT

El derecho de consulta previa también está regulado en el Convenio N° 169 de la OIT, pare ser más precisos en el artículo N° 6 inciso 1, el cual nos menciona que:

*“Los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*²⁰.

¹⁹ Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2013. *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989(num.169).Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.* Ginebra. p. 2-3

²⁰ Artículo 6 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.26

Entendemos que el derecho de consulta está reconocido en el Convenio N°169, estableciendo una vez más criterios para su aplicación mas no un concepto específico referente a consulta previa, del análisis del artículo debemos entender que si existieran medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos directamente, estas deben ser consultadas con ellos antes de ponerlas en marcha. Por ejemplo el Estado otorga la concesión de exploración y explotación a una empresa minera, esto sería una medida administrativa. Digamos que cerca de donde se dio la concesión minera existe una comunidad indígena, la cual se vería afectada directamente con la realización del proyecto. Según el convenio antes de la ejecución del proyecto, el Estado deberá consultar previamente a la comunidad indígena, debido a que habrá un impacto de gran magnitud sobre terrenos aledaños a su comunidad, buscando en todo momento la protección de sus derechos y el cumplimiento del Convenio.

Además en el inciso 2 del artículo N° 6 del Convenio N° 169 establece que:

“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²¹

²¹ Artículo 6 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.26

Un punto importante dentro del proceso de consulta según el convenio es el actuar de buena fe, si lo relacionamos con el ejemplo anterior. Buena fe, a nuestro parecer, sería si la comunidad recibiera toda la información concerniente a la realización del proyecto, no ocultándole datos relevantes por las cuales se verían afectados posteriormente, logrando así involucrarse de manera directa. Todo ello en busca del cumplimiento de la consulta previa ya que el fin de ella es el llegar a un acuerdo mediante propuestas establecidas por las partes involucradas.

Por lo tanto la consulta en relación al Convenio es importante ya que busca *“garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. El no realizar dichas consultas y no dejar que las comunidades participen tienen graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales”*²². Por lo que el Estado una vez ratificado el Convenio está obligado a cumplirlo, garantizando siempre la protección de los pueblos indígenas y tribales.

²² Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2013. *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989(num.169).Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.* Ginebra. p. 13-14

2.1.2. La Ley N° 29785 Ley del Derecho a Consulta previa de los pueblos indígenas originarios

2.1.2.1 Antecedentes

La obligación que tiene el Estado de consultar a los pueblos indígenas sobre decisiones administrativas o legislativas que les afecten de manera directa está vigente, como ya sabemos, desde que el Perú ratificó el Convenio N° 169 de la OIT el año 1995, formando parte de nuestro ordenamiento interno y teniendo rango constitucional según nuestra propia Constitución. En el ámbito nacional recién el 07 de septiembre del 2011 se promulgó la Ley de Consulta Previa, siendo el Perú el primer país Latinoamericano en aprobar una Ley que buscaba desarrollar el Convenio N° 169.

Esta ley fue una medida que tomó el Estado por los diversos conflictos que desencadenaron hechos violentos en nuestro país. A nuestro parecer consideramos que uno de los conflictos que motivó a la promulgación de esta ley, fue el ocurrido en Bagua. Este conflicto es el que desarrollaremos a continuación para entender el contexto en que se promulga la Ley N° 29785.

El caso Bagua

Uno de los peores acontecimientos ocurridos en territorio peruano en los últimos años fue el conflicto conocido como el “Baguazo”. Este se dio en la región amazónica el 5 y 6 de junio del año 2009.

La región amazónica “*representa para el Perú el 60 % de su territorio, tiene una población de casi tres millones y medio de habitantes, representando 13% de la población nacional*”²³. Dentro de esta estadística se encuentran la población indígena, la cual representa aproximadamente el “*1% del total. Llegando alcanzar una población de 332,975 indígenas agrupados en 1.509 comunidades*”²⁴.

Estas comunidades indígenas Amazónicas reclamaban por esos tiempos el cumplimiento de los derechos otorgados por el Convenio N°169 de la OIT ya que consideraban que el gobierno de Alan García, estaba muy lejos de reconocerles derechos que el tratado que les otorgaba desde el año 1995.

Este conflicto gira en torno al Tratado de Libre Comercio o Acuerdo de Cooperación Comercial entre Perú y los Estados Unidos, el cual fue “*firmado el 7 de diciembre del 2005, ratificado por nuestro congreso el año 2006 pero recién entrando en vigor el 1° de febrero del 2007*”²⁵, cuando el congreso Norteamericano luego de una enmienda, firmada por los dos países finalmente ratificó el convenio. Este tratado estaba vinculado a la promoción de inversión extranjera, para ser más exactos relacionados a actividades de extracción de recursos naturales dentro de la Amazonia peruana, afectando principalmente las tierras indígenas.

²³ Federación Internacional de Derecho Humanos. *Perú-Bagua: Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazonico*. p.6

²⁴Pedro Mayor Aparicio y Richard E. Bodmer. 2009. *Pueblos Indígenas de la Amazonia Peruana*. Perú. p.6

²⁵ Federación Internacional de Derecho Humanos. *Perú-Bagua: Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazonico*. p.16

Luego de la ratificación del TLC, el Congreso mediante Ley N° 29157 del 18 de diciembre de 2007 aprobó la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo durante un periodo de 180 días para facilitar la implementación del Acuerdo de Cooperación entre países. Una vez otorgado esta facultad el Poder Ejecutivo “*expidió 99 decretos legislativos, de los cuales muchos de ellos afectaban directamente los derechos de las comunidades indígenas en la región Amazónica*”²⁶.

Las comunidades indígenas en marco del Artículo N°6 del Convenio N°169 de la OIT, reclamaban el cumplimiento de los derechos otorgados por este tratado. Ellos argumentaban que el Estado en ningún momento realizó consulta previa alguna por una medida legislativa que les afectaba directamente, como lo era en este caso el TLC con los Estados Unidos. Ellos buscaban la derogación de los Decretos Legislativos 1015 y 1073, los cuales eran los más perjudiciales para las comunidades indígenas ya que estos flexibilizaban los procedimientos para la venta de tierras de las comunidades. Luego de una serie de protestas el gobierno deroga estos decretos el 22 de agosto del 2008.

Las comunidades Amazónicas mediante la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)²⁷, cuestionaban algunos Decretos Legislativos (1064, 1081, 1083, 1089 y 1090) vigentes, porque consideraban que vulneraban el Convenio N°169 de la OIT, recomendando la derogación de estos

²⁶ Federación Internacional de Derecho Humanos. *Perú-Bagua: Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazonico*. p.14

²⁷ La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), legalmente es una Asociación Civil sin fines de lucro, con personería jurídica de derecho privado interno, inscrita en los Registros Públicos del Libro de Asociaciones de la ciudad de Lima, en la ficha N° 6835, Asiento A- 1, fechada el 27 de mayo de 1985. Consultado el 7 de junio del 2017. <http://www.aidesep.org.pe/>.

mediante informe presentando al Congreso el 22 de Mayo de 2009 ya que vulneraba los derechos de las comunidades indígenas, no obstante el Congreso no acepto derogar los Decretos Legislativos.

Ante la negativa del Congreso, los pueblos indígenas reunidos en Bagua deciden continuar con el bloqueo de la carretera Fernando Belaunde, la cual ya venía siendo bloqueada semanas atrás. Esto a raíz de la poca inoperancia del Estado frente a los pueblos indígenas, como lo menciona el dirigente Leoncio Calla de la comunidad de Yutu donde informa que la protesta se dio: *“Para que sean escuchados y sean derogados los paquetes de leyes inconstitucionales que atentan contra la biodiversidad, fauna silvestre, el uso del agua; y que además reclamaban que el Estado deje de considerarlos como gente ignorante”*²⁸.

El 5 de junio del 2009 la Policía Nacional inicio con el desalojo de los manifestantes de la carretera Fernando Belaunde Terry en la denominada “Curva del Diablo”. Para ello la Policía inicio con su plan de acción en horas de la mañana sorprendiendo así a los nativos, comenzando los enfrentamientos entre policías e indígenas amazónicos. El enfrentamiento dejo un saldo de 34 personas fallecidas entre indígenas y policías, en uno de los peores hechos de violencia ocurridos en nuestro país.

²⁸ Federación Internacional de Derecho Humanos. *Perú-Bagua: Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazónico*. p.25

Los antecedentes a la Ley de Consulta Previa

Luego de lo ocurrido en Bagua la consulta previa pasa a ser tema de mucha importancia para el país, ya que esta si bien estaba inmersa en nuestro ordenamiento jurídico mediante la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado y las empresas privadas consideraban que esta no podía ser cumplida porque no estaba regulada mediante una Ley o un Reglamento en nuestro país.

Este fundamento era falso en su totalidad debido a como fue mencionado anteriormente en el Perú los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de consulta previa desde el año 1995 una vez que fue ratificado el Convenio de la OIT. Además en la sentencia N° 03343-2007-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional en los fundamentos 32 y 33 reconoce el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas:

“32. (...) Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.

33. Esta libre determinación (...) sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa²⁹.

Como se puede apreciar el TC también reconoce el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas en marco de estándares internacionales, generando asombro como el Estado manejo el tema del conflicto en Bagua ya que en ningún momento los pueblos que iban hacer afectados por el TLC fueron consultados.

En virtud de los derechos reconocidos por el Convenio N° 169 de la OIT y el Tribunal Constitucional, la AIDSESEP presenta una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), exigiendo que en marco del Convenio N° 169 de la OIT, el MINEM adecue sus normas en busca del cumplimiento del tratado.

Mediante Sentencia 05427-2009-PA/TC el Tribunal Constitucional da respuesta a la demanda planteada por la AIDSESEP, ya que establece criterios en busca del cumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, en lo referido a la consulta previa. Esta sentencia nos menciona que:

24. “(...) Lo ha reconocido el Convenio N°169 de la OIT, que en su artículo 12 dispone que los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos pudiendo así iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos para asegurar el respeto efectivo de tales derechos (...). Por ello existe la

²⁹ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N°03343-2007-PA/TC. 19 de febrero del 2009

necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice además con la necesidad de brindar oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional.

25. En mérito de estas consideraciones, el Tribunal concluye que el presente proceso de cumplimiento debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante”³⁰.

El primer punto importante en esta sentencia como podemos apreciar es el establecer el proceso de cumplimiento, para demandar el cumplimiento de normas de rango constitucional, como es el caso del Convenio N° 169 de la OIT. Además el TC en la parte resolutive “*ordena al Ministerio de Energía y Minas que dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas que establece en los artículo 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N°169 de la OIT. También Exhortar al Congreso de la Republica que, dentro del marco de sus competencias apruebe una ley de consulta, en compatibilidad al Convenio N°169 de la OIT*³¹”.

Finalmente en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-PC/TC el Ministerio de Energía y Minas aprueba el Reglamento de

³⁰ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N°05427-2009-PC/TC. 30 de junio del 2010. Fundamento 24 y 25.

³¹ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N°05427-2009-PC/TC. 30 de junio del 2010. Parte Resolutive

Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas mediante Decreto Supremo N° 023-2011-EM, el 12 de mayo del año 2011³².

La promulgación de la Ley N° 29785 Ley del Derecho a Consulta previa de los pueblos indígenas originarios

Luego de que el Ministerio de Energía y Minas en cumplimiento de la Sentencia N° 05427-2009-PC/TC publicara el primer reglamento referente a la consulta previa, el 7 de septiembre del año 2011 se publica la Ley N°29785 de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entrando en vigencia 90 días después de su publicación es decir el 7 de diciembre del 2011³³. Esta norma en su 3era Disposición Complementaria Final dispuso la derogatoria del D.S N° 023-2011-EM, siendo esta Ley la que finalmente quedaría vigente hasta el día de hoy en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.2.2 Los Pueblos Indígenas en la Ley (N°29785) de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas

La Ley del Derecho a la Consulta previa al igual que el Convenio N°169 de la OIT establece en su marco regulatorio ciertos criterios para el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios, por lo que en su artículo 7° nos dice que:

³² Ministerio de Energía y Minas. 2011, *Reglamento de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas*. Consultado el: 13 de junio del 2017. Recuperado de: http://www.servindi.org/pdf/DS_023-2011-EM.pdf

³³ Revista Derecho y Sociedad. 2014. Ruiz, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta previa en el Perú: Pretextos Jurídicos del Gobierno para Incumplirla*. PUCP. p.183

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

- *Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.*
- *Instituciones sociales y costumbres propias*
- *Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.*
- *El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.*
- *Las comunidades campesinas o andinas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.*
- *Las denominaciones empleadas para designar pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos”³⁴.*

Como podemos apreciar este artículo establece criterios objetivos y subjetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena u originario, pero a diferencia del Convenio de la OIT, la Ley 29785 establece criterios objetivos adicionales no reconocidos en el artículo 1 del Convenio N°169. Entendemos de esto que la Ley exige el cumplimiento de más requisitos para poder reconocer un pueblo como indígena, tales como “el descender directa de las poblaciones”, “Patrones culturales y

³⁴ Congreso de la Republica. 2011. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el 12 de mayo del 2017. Recuperado de: <https://www.presidencia.gob.pe/documentos>

modos de vida distintos a otros sectores” y “Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan”.

Estos criterios a nuestro parecer no están acorde con el instrumento internacional vigente desde el año 1995, ya que como mencionamos en puntos anteriores el artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT “reconoce a los pueblos indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica en la época de la conquista o colonización”, por lo que la ley dentro de su primer criterio estaría modificando lo reconocido dentro del convenio cuyo rango sería el constitucional, lo cual es un imposible jurídico, ya que una norma de rango legal no puede modificar una de rango constitucional, ya que contraviene al artículo 51 de la Constitución de 1993³⁵. Por otro lado los otros dos criterios estarían limitando el reconocimiento de pueblos indígenas a ciertos grupos de personas que son reconocidas plenamente por el Convenio N °169 de la OIT. A manera de conclusión nos remitiéremos al artículo 35 del acuerdo internacional el cual nos menciona que: *“La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”*³⁶, del cual se entiende que el Convenio se debe aplicar de forma más favorable a los pueblos indígenas, evitando normas que les restrinjan derechos, tal como lo hace la Ley 29785

³⁵Artículo N° 51. Constitución Política del Perú. 1993.- Supremacía de la Constitución La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado

³⁶ Artículo 35 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.63

2.1.2.3 La Consulta Previa en la Ley (N°29785) de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas

Luego de establecer los criterios para reconocer lo que es una comunidad indígena, debemos determinar como reconoce la consulta previa la Ley N°29785 y si existe algún tipo de conflicto con el Convenio N°169 de la OIT. Para ello nos remitiremos al artículo 2 de Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, la cual nos menciona que:

Artículo 2: “El 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 a 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 por el Estado”³⁷.

El artículo 2 reconoce que las comunidades tienen el derecho de consulta previa siempre que existan medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos colectivos. El artículo en mención abarca parte de lo reconocido en el artículo N°6 del Convenio 169 de la OIT ya que por otro lado restringe el derecho de

³⁷ Congreso de la Republica. 2011. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el 12 de mayo del 2017. Recuperado de: <https://www.presidencia.gob.pe/documentos>

la consulta previa, porque solamente los pueblos indígenas tendrían el derecho de consulta siempre que se afecten solamente sus derechos colectivos.

A diferencia de la normativa internacional, la cual reconoce el derecho de consulta previa cuando existan medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas, no restringiendo así el derecho de consultar solamente a los derechos colectivos.

Además el artículo menciona, como lo hace el Convenio N°169 de la OIT, que la consulta debe ser hecha por el Estado, siendo esta una directriz muy importante, ya que muchas veces la consulta previa era hecha por la empresa privada mediante las llamadas pseudo consultas previas o talleres informativos.

2.2 La consulta previa en Latinoamérica

En el Perú, como ya hemos desarrollado en el punto anterior, la consulta previa está reconocida en un principio mediante el Convenio N°169 de la OIT y posteriormente por la Ley (N° 29785) del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, convirtiéndose en el primer país en Latinoamérica en emitir una norma propia referente a la consulta previa.

Sin embargo queremos conocer como se está desarrollando la consulta previa en Latinoamérica, para ello estudiaremos los casos de Bolivia, Ecuador y Colombia; y además si estos poseen en su ordenamiento jurídico normas que busquen

reconocer el derecho de consulta de los pueblos indígenas, mediante la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. Así mismo hablaremos sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, siendo esta la última norma de carácter internacional expedida en busca del reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta previa es un principio reconocido internacionalmente, basándose principalmente en la autodeterminación que tienen los pueblos indígenas y tribales para decidir sobre hechos administrativos o legales que puedan afectarles directamente.

En el ambiente internacional este derecho es reconocido por el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

2.2.1 El Convenio N° 169 de la OIT

Este acuerdo internacional entre países es el cuerpo legal más importante sobre el reconocimiento del derecho de consulta previa. Como ya fue estudiado en páginas anteriores lo desarrollaremos de manera general.

Este convenio es de carácter vinculante cuando es ratificado por un país. En el Perú este fue ratificado en el año 1994, volviéndose obligatorio un año después, además una vez incorporado al ordenamiento jurídico el tratado se le da rango

constitucional, exigiendo su cumplimiento. Al igual que el Perú varios países han ratificaron el Convenio N° 169 de la OIT, estos los veremos en el cuadro siguiente (cuadro N° 1)³⁸:

Cuadro N° 1

Países que ratifican el Convenio N° 169

País	Fecha de ratificación
Argentina	03.07.2000
Bolivia	11.12.1991
Brasil	25.07.2002
Chile	15.09.2008
Colombia	07.08.1991
Costa Rica	02.04.1993
Dinamarca	22.02.1996
Dominica	25.06.2002
Ecuador	15.05.1998
Fidji	03.03.1998
Guatemala	05.06.1996
Honduras	28.03.1995
México	05.09.1990
Nepal	14.09.2007
Países Bajos	02.02.1998
Noruega	19.06.1990
Paraguay	10.08.1993
Perú	02.02.1994
España	15.02.2007
República Bolivariana de Venezuela	22.05.2002

Referencia: Convenio N° 169 OIT

Como se observa en el cuadro anterior son 20 los países que han ratificado el Convenio N°169 de la OIT, siendo México y Noruega los primeros y España como

³⁸ Javies Jahncke Benavente y Rocio Meza. 2010. *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica: Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Editorial: CIDSE/RED MUQUI/ FEDEPAZ. Perú. p.52

último. Estos países al igual que Perú reconocieron el derecho de la consulta previa que tienen los pueblos indígenas, buscando su protección acorde al convenio.

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

La Declaración es un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esta fue preparada y debatida oficialmente durante varios años antes de ser aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 en Nueva York³⁹.

La Declaración de las Naciones Unidas reconoce tratamiento igualitario que deben poseer los pueblos indígenas en relación con los demás ciudadanos de un país. Reafirmando los derechos de los comunidades indígenas, mediante la promoción y respeto de sus costumbres, su cultura y desarrollo⁴⁰. La esencia de la protección de las comunidades indígenas y el reconocimiento de la consulta previa se encuentran en los siguientes artículos de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

³⁹ Javies Jahncke Benavente y Rocio Meza. 2010. *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica: Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Editorial: CIDSE/RED MUQUI/ FEDEPAZ. Perú. p.53.

⁴⁰ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2013. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. p.6.

Artículo 1: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”⁴¹.

Los artículos anteriormente citados nos brindan una línea general sobre Declaración de las Naciones Unidas, la cual busca la igualdad entre los pueblos indígenas y las personas en general, así como la autodeterminación para elegir libremente lo que consideren ellos beneficioso para su pueblo, es decir sin presión o intervención de un tercero.

Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”⁴².

Artículo 20 inciso 1: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que puedan incluir la restitución o, cuando ellos no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los

⁴¹ Artículo 1 y 3 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Organización de las Naciones Unidas. Marzo 2008. p.4-5

⁴² Artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Organización de las Naciones Unidas. Marzo 2008. p.8

*recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (...)*⁴³.

*Artículo 32: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 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 (...)*⁴⁴.

Las normas anteriormente citadas en relación al Convenio N°169 de la OIT, detallan de mejor manera los derechos que protege la consulta previa. Además la Declaración también establece el derecho de consentimiento previo, libre e informado, siempre que se adopten medidas legislativas o administrativas, como también proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o los recursos naturales, obligando que los Estados obtengan el consentimiento previo de las comunidades indígenas afectadas. Además los pueblos indígenas según la Declaración tienen

⁴³ Artículo 20 inciso 1 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Organización de las Naciones Unidas. Marzo 2008. p.9

⁴⁴ Artículo 32 inciso 1 y 2 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Organización de las Naciones Unidas. Marzo 2008. p.12

derecho a una reparación o indemnización cuando sus recursos o tierras son dañados sin su consentimiento previo, libre e informado⁴⁵.

A nuestro parecer la Declaración de las Naciones Unidas es un instrumento jurídico muchos más específico y detallado que el Convenio N°169 de la OIT, dándole mayor importancia al consentimiento previo, libre e informado que poseen los pueblos indígenas antes cualquier hecho que pueda afectarlos y también establece reparaciones al derecho si este es vulnerado, mediante indemnizaciones o una posible restitución territorial.

2.2.3 La Consulta previa en Bolivia

Luego de analizar dos normas de carácter internacional, desarrollaremos la consulta previa en el vecino país de Bolivia.

Como se puede apreciar en el punto anterior Bolivia se encuentra entre los primeros países en ratificar el Convenio N°169 de la OIT. Este fue incorporado en la normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 en el año de 1991. Asimismo Bolivia es uno de los primeros países que reconoció como Ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas mediante Ley N°3760⁴⁶.

⁴⁵ Almut Schilling-Vacaflor y Riccarda Flemmer M.A. 2013. Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo. *Fortalecimiento de organización indígena en América Latina, PROINDIGENA. El derecho a la consulta previa: Norma jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. p.14*

⁴⁶ Fundación para el Debido Proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú.* Washington D.C. Oxfam. p.19

En su ordenamiento jurídico nacional el gobierno boliviano trata de regular el derecho de la consulta previa mediante dos normas estas son la Ley de Hidrocarburos y la Ley del Régimen Electoral.

La Ley de Hidrocarburos se aprobó mediante Ley N° 3058, el cual va de la mano con el Reglamento de Consulta y Participación para actividades Hidrocarburíferas, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremos N° 29033. Estas básicamente son regulaciones detalladas sobre el derecho a la consulta en el sector de hidrocarburos, en donde hace obligatoria la consulta de las comunidades y pueblos indígenas u originarios de manera previa y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad obra o proyecto que pueda causar un impacto socio ambiental o afectar los derechos de las personas, estableciendo las fases y momentos de la aplicación de la consulta previa, siendo la última fase de concertación. Esta fase implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio, siendo vinculante con la licencia ambiental⁴⁷.

Por otro lado tenemos la Ley del Régimen Electoral aprobada por Ley N°26 de 2010. La cual reconoce que la interculturalidad boliviana debe estar basada en una democracia directa y participativa por de medio de la consulta previa (artículo 2). Esta Ley en su Capítulo IV posee tres artículos, referidos al proceso de consulta previa, mediante el cual reconoce la consulta previa como mecanismo constitucional

⁴⁷ Patricia Carrión. 2012. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Fundación Konrad Adenauer. Quito-Ecuador. p.14

aplicable con anterioridad a la toma de decisiones, respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales (artículo 39), establece también el rol de observador y acompañamiento del Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), en los procesos de consulta (artículo 40), y al deber del SIFDE de elaborar un informe sobre los resultados de la consulta⁴⁸.

Luego de un breve análisis sobre cómo está regulado la consulta previa en Bolivia, podemos decir que este país a diferencia del peruano no cuenta todavía con una Ley específica de consulta previa, donde se reconozcan todos los conceptos, procesos y mecanismos de protección de derechos de los pueblos indígenas en relación al Convenio N°169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas.

Bolivia tiene la iniciativa de reconocer el derecho de consulta previa y esto se puede apreciar en la Ley Hidrocarburífera y la Ley del Régimen Electoral, se puede decir que es un buen inicio para la protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en su país, esperando que en un futuro mejoren en el aspecto legislativo, emitiendo normas que busquen la protección del derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas en virtud al Convenio N°169 de la OIT.

⁴⁸ Fundación para el Debido Proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C. Oxfam. p.19

2.2.4 La consulta previa en Colombia

En el hermano país Colombiano la consulta previa está regulada en un primer momento por la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en el año 1991, pero existe una gran diferencia en la implementación del derecho de consulta ya que esta se ha dado a través de distintos cuerpo normativos y normas infra legales, sin que exista una ley general como en el Perú.

La primeras normas en reconocer la consulta previa fueron dadas en el año 1993, estas son las Leyes N° 99 y N° 70, la cuales regulan que *“la explotación de recursos debe hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades y afrodescendientes”*⁴⁹. Como notamos la norma reconoce a las comunidades negras como grupo étnico, por lo que les otorga la facultad de *“proteger su identidad cultural, participar en el diseño y elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económicos y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley”*⁵⁰.

Asimismo el gobierno colombiano emitió el Decreto N° 1397 de 1996 y el Decreto N° 1320 de 1998, por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y La Mesa Permanente de Concentración con los pueblos y organización indígenas. También el decreto de 1998 reglamenta la consulta previa con las

⁴⁹ Artículo 76 de la Ley N° 99 de 1993. *Ley por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental y se dictan otras disposiciones.* Congreso de Colombia. Revisado el 25 de junio del 2017. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>

⁵⁰ Artículo 44 de la Ley N°70 de1993. *Ley que desarrolla el artículo 55 de la Constitución Política Colombiana.* Congreso Colombia. Revisado el 25-06-2017. Recuperado de: https://www.codechoco.gov.co/sites/Documentos/Normatividad/Leyes/LEY_70_1993.pdf

comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio⁵¹.

Por último se emitió la Directiva Presidencial N° 001 de 2010 y el Decreto 2893 del 2011. La Directiva establece los mecanismos y procesos para el cumplimiento de la consulta previa, en marco del Convenio N°169 de la OIT⁵². El Decreto Legislativo 2893 es el que crea mediante su artículo 5 inciso 2.5 La Dirección de Consulta Previa dentro del Ministerio del Interior, “*encargada de asesorar, dirigir los procesos de consulta previa que se requieran conforme a Ley*”⁵³. El gobierno colombiano como hemos podido apreciar busca regular la consulta previa mediante la emisión de diferentes normas, presentando un gran avance en ese sentido pero lamentablemente el mayor problema que presenta Colombia es que estas normas han sido puestas en tela de juicio por haber sido adoptadas de manera unilateral por las entidades del gobierno y no en marco del Convenio N°169 de la OIT, es decir se han emitido sin haber sido trabajadas en conjunto con las organizaciones indígenas de ese país, generando un rechazo y cuestionamiento por parte de las comunidades.⁵⁴

⁵¹ Fundación para el Debido Proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C. Oxfam. p.29

⁵² Directiva Presidencial N° 001 de 2010. *Garantía del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Grupos Étnicos Nacionales*. Presidente de la Republica de Colombia.

⁵³ Artículo 16 del Decreto 2893 del 2011. Decreto que modifica los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. Colombia. Revisado el 26 de junio del 2017. Recuperado de: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1499331>

⁵⁴ Fundación para el Debido Proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C. Oxfam. p.29-30

De este modo, podemos entender que Colombia ha regulado la consulta previa mediante la emisión de distintas leyes, decretos, directivas, etc. Esto en definitiva podría significar un gran avance para el país vecino pero el gran problema se centra en que estas normas han sido aprobadas sin la consulta o intervención de las comunidades indígena contraviniendo al Convenio N°169 el cual nos menciona que siempre que se emitan medidas administrativas o legales que puedan afectar directamente a las comunidades, estas deben ser consultadas.

2.2.5 La consulta previa en Ecuador

La consulta previa en Ecuador está en busca de un reconocimiento idóneo dentro de su ordenamiento jurídico. Al igual que Colombia y Bolivia, Ecuador tiene ciertos problemas con la implementación adecuada de la consulta previa en su país, ya que se ha avanzado muy poco en adecuar la normativa nacional para el debido cumplimiento de la consulta, en marco de los convenios internacionales.

Ecuador ratificó el Convenio N°169 de la OIT en el año 1998 (como se puede apreciar en el cuadro del punto 2.1.1), incorporando el derecho de consulta previa en la Constitución ecuatoriana de 1998. Esta Constitución reconocía el derecho de consulta previa mediante el artículo 84 inciso 5 el cual nos mencionaba:

“El estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la Ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos los siguientes derechos colectivos: (...). El ser consultados sobre

*planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que se les cause (...)*⁵⁵.

Como se puede apreciar en Ecuador se incluyó el derecho de consulta en la constitución pero esta no menciona que la consulta previa se puede dar en el caso de que se emitan normas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Este error se corrigió en la constitución del 2008, para que su carta magna este acorde al convenio N°169 de la OIT. Esto se aprecia en el artículo 57 incisos 7 y 17 siguiente:

“Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos.(...) La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (...). La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad

⁵⁵ Artículo 84 inciso 5. Constitución Ecuatoriana de 1998. Decreto Legislativo N°000.RO/1 de 11 de agosto de 1998. Revisado el 26 de junio del 2017. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>

*consultada, se procede conforme a la Constitución y la Ley. (...) A ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (...)*⁵⁶.

De la lectura del artículo anterior podemos ver que se está reconociendo el derecho de consulta previa, asimismo establece que será obligatoria por las autoridades competentes tal y como lo regula el convenio N°169 de la OIT, además de haber subsanado la omisión en la Constitución anterior.

Lejos del ámbito constitucional Ecuador también emitió normas de menor rango en busca de regular la consulta previa en su país tales como el Decreto Ejecutivo N° 3401, del 2 de diciembre de 2002, “Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas”. Decreto duramente criticado porque consideraban que no era la norma adecuada para regular un derecho constitucional. Este mencionaba que en caso la consulta previa no resulte favorable para las empresas extractivas estas podrían argumentar que las comunidades deberían sustentar este rechazo con información técnica, que obviamente no poseían o el propio Estado alegar que el consentimiento no es procedente como requisito para llevar a cabo la actividad consultada. Además regulaba erróneamente el procedimiento de la consulta previa ya que mencionaba que esta se agotaba con el registro de los hechos, incluso cuando no se llegaba a un

⁵⁶ Artículo 57 incisos 7 y 17. Constitución de la República del Ecuador 2008. Decreto Legislativo N°0. 20 de septiembre del 2008.

consenso. Siendo el dialogo un procedimiento administrativos sin efecto jurídico alguno⁵⁷.

Al igual que esta norma también se publicaron otras, como el Decreto Ejecutivo N° 1040, “Reglamento de aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental”, que al igual que la anterior reconocían medianamente el derecho de a consultar o contravenían al convenio N°169 de la OIT, causando conflictos con las comunidades indígenas en Ecuador porque ella argumentaban afectación de sus derechos. Sobre problema se pronunció la CIDH en la sentencia del Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador”, mediante la cual se reconoció que el Estado ecuatoriano no había cumplido con desarrollar la normativa interna del derecho a la consulta, y que se afectó dicho pueblo indígena en su calidad de sujeto de derecho al permitir la ejecución de una concesión de hidrocarburos sin haber realizado la consulta previa, afectándolo mediante actividades hidrocarburíferas, dentro de su territorio, así como la vida e integridad de dicha comunidad⁵⁸.

Como se ha podido observar en párrafos anteriores la consulta previa en Ecuador está regulada por la Constitución del 2008 pero todavía presenta problemas en relación a la regulación infra constitucional, debido a que emiten legislaciones que van en contra de normas de carácter internacionales reconocidas por su propio

⁵⁷ Vladimir Pinto y Ramón Rivero. 2012. *La consulta previa: Desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. Perú. p. 49

⁵⁸ Vladimir Pinto y Ramón Rivero. 2012. *La consulta previa: Desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. Perú. p. 50

Estado, afectado muchas veces los diversos derechos que poseen los pueblos indígenas en su país.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3 .Análisis de la Ley N° 29785 que desarrolla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, en relación con el Convenio N° 169 de la OIT y su reglamento

3.1 Ley N° 29785 del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

a. Artículo 1° Objeto de la Ley: La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N°26253.

Este artículo nos menciona que el objeto de la Ley es desarrollar e interpretar todas las fuentes normativas relacionadas a la consulta previa. Para ello esta norma debe ser interpretada en conformidad al Convenio N°169 de la OIT, ya que al ser ratificada por nuestro Congreso en el año 1994, obtiene rango constitucional de conformidad con el artículo 3, 55 y la Cuarta Disposición Final y transitoria de la Constitución Política de 1993. Además el Tribunal Constitucional nos menciona que *“Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos Tratados no solo conforman nuestro ordenamiento sino que además, detentan rango constitucional”*⁵⁹. Por lo que si la Ley al ser de menor jerarquía contradice las normas del Convenio, este prevalecerá por que las normas de inferior jerarquía carecerían de validez jurídica.

b. 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

⁵⁹ Juan Ruiz Molleda. 2012. La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo o de la Ley de consulta previa y su reglamento. Lima, Perú. p.80

hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria por el Estado.

Este artículo es un poco controversial ya que tiene algo positivo y algo negativo en su redacción. Lo mejor de la redacción es que reconoce que el Estado es el encargado de realizar la consulta previa. Resaltamos que se reconozca al Estado como el realizador de la consulta previa porque así está reconocido en el Convenio N°169 de la OIT. Por otro lado este artículo es cuestionado debido a que en su texto solo reconoce que la consulta previa se realizara cuando se afecten derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto va en contra del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, ya que este no restringe la consulta previa a derechos colectivos, si no que el proceso se realizara cuando existan medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas.

c. Artículo 3° Finalidad de la consulta.- La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

El artículo antes mencionado una vez más nos habla de los derechos colectivos contraviniendo al Convenio N°169 de la OIT, puesto que señala

que busca adoptar medidas respecto a sus derechos colectivos, restringiendo la aplicación de la norma. Asimismo nos habla que la consulta previa se realizara a los pueblos indígenas mediante un dialogo intercultural intenso y prolongado hasta llegar a encontrar un acuerdo mutuo para el respeto de sus derechos. Algunos consideran que esta norma “*no reconoce la obligación del Estado de obtener consentimiento libre, previo e informado, porque confunden el consentimiento como el objetivo de todo el proceso de consulta, es decir consideran que la consulta y el consentimiento son uno solo y no es así. El estado deberá en primer lugar consultar y luego lograr el consentimiento para poder proteger los derechos de las pueblos indígenas*”⁶⁰.

d. Los principios que contempla la Ley en análisis para el desarrollo del proceso de consulta previa son:

Artículo 4° Principios.-

- *Oportunidad: El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.*

Este principio nos menciona que la consulta debe ser realizada de forma previa a la adopción de medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas. Es decir para que

⁶⁰ Juan Ruiz Molleda. 2012. La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo o de la Ley de consulta previa y su reglamento. Lima, Perú. p.96

el proceso de consulta sea válido, deberá realizarse antes de que existan un acto que pueda dañar el derecho de los pueblos indígenas, brindándoles la oportunidad de ser partícipe de la toma de decisiones.

- *Interculturalidad: El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.*

El valor que tiene este principio para nuestro ordenamiento jurídico es de gran magnitud ya que reconoce la diferencia cultural que existe en nuestro país. Este principio está relacionado con la identidad cultural que es reconocido en el artículo 2° inciso 19 de la Constitución de 1993, la cual nos menciona que: *“Toda persona tiene derecho: (...) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultura de la Nación (...)”*⁶¹.

Entendamos que el Estado reconoce a la Identidad étnica en la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH como *“El conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa y que tal derecho comprende: decidir sobre su propio desarrollo, derecho ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción*

⁶¹ Artículo 2° inciso 19. Constitución Política del Perú. 1993. Consultado el 05 julio del 2017. Recuperado de: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>

*o medidas que se adopte y que pueda afectarles (...)*⁶². En conclusión se puede entender del análisis de este principio que el Estado reconoce a los pueblos indígenas de manera constitucional por lo que este no puede tomar decisiones administrativas o legislativas que les afecten directamente sin que los pueblos indígenas sean consultados.

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

Entendemos de este principio que las entidades o el Estado propiamente dicho deben tener toda la disposición para dialogar con los pueblos indígenas. Tienen que generar un ambiente de confianza y cooperación mutua, actuando las partes involucradas de buena fe, alejados de intereses propios que puedan dificultar el trabajo en conjunto.

La buena fe en la consulta previa la entendemos como “*Aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo*

⁶² Luis Alva, Juan Ruiz Mollada y Javier La Rosa Calle. 2011. *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas: Manual para líderes comunales*. Lima-Perú. Editorial Justicia viva. p.25

acordado, también cuando se busca interferir o cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Este principio ayuda para que se eviten unas series de prácticas sutiles o expresas, que pretendan dar cumplimiento a la consulta previa. Dichas prácticas están prohibidas para cualquiera de las partes involucradas dentro del proceso de consulta previa. La buena fe se ve concretado en tres etapas elementales dentro del proceso de consulta, estos son: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. A manera de hacer más entendible las etapas anteriormente mencionadas, plasmaremos en un ejemplo donde la primera etapa se da cuando un funcionario prevé que va existir alguna medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, iniciando así el proceso de consulta. Luego seguiría la consulta propiamente donde el Estado se compromete a encontrar un consenso y consentimiento sobre la materia en consulta. Por último se busca ejecutar lo acordado en el proceso de consulta, donde cada parte busca cumplir con lo acordado en el proceso de consulta”⁶³.

- *Flexibilidad: La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se*

⁶³ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N°0022-2009-PI/TC. Lima, 6 de junio del 2010. Parte IX, fundamento p.27-30.

busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.

Este principio en esencia nos menciona que cada proceso de consulta es único porque al existir tantos pueblos indígenas con costumbres o idiomas diferentes, hace que cada proceso sea irrepetible. Por otro lado, se tiene que tomar en cuenta la medida administrativa o legislativa a consultar. Esta muchas veces puede afectar de una manera a uno u otro pueblo indígena, por ello se debe analizar cada caso en concreto.

- *Plazo Razonable: El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organización representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.*

En nuestro análisis, este principio está íntimamente relacionado con el anterior debido a que se debe entender el plazo razonable, como un plazo que pueda permitir a los pueblos indígenas tomar decisiones en base a sus costumbres o sobre las medidas de las cuales serán afectos. Al ser cada proceso de consulta único, lo plazos variaran según sean afectados más o menos derechos, por lo

que se deberá brindar a los pueblos indígenas tiempo necesario para analizar la materia en consulta y realizar sus propuestas.

- *Ausencia de coacción o condicionamiento: La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.*

Este principio busca que el proceso de consulta se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento sobre los pueblos indígenas. Entendemos que se debe evitar todo tipo de acciones que delimiten el libre actuar de los pueblos frente al proceso de consulta.

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

Este principio es a nuestro parecer es el pilar de todo el proceso de consulta previa. El brindar la información adecuada, veraz y completa a los pueblos indígenas para que puedan tomar una decisión sobre las medidas legislativas o administrativas a ser

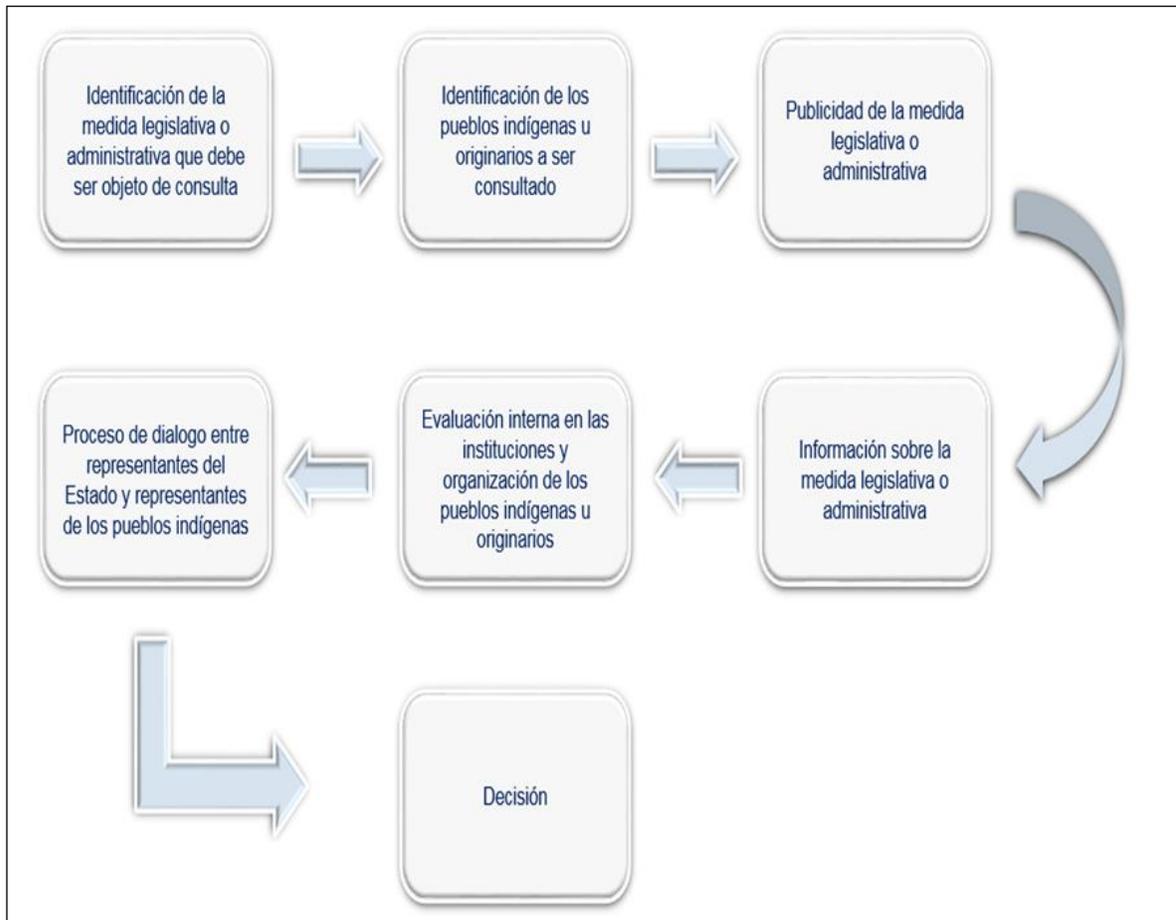
consultadas, es de suma importancia ya que con ella podrán saber el real impacto de dichas medidas. Como lo menciona el principio la información debe darse desde el inicio del proceso de consulta, para que los pueblos indígenas tomen una decisión basada en la información en concreto y no en hechos inciertos.

- e. En este punto pasaremos de manera directa al análisis de los artículos correspondientes al proceso de consulta previa estos están ubicados en la Ley N° 29785 a partir del artículo 8 hasta el artículo 15.

Artículo 8° Etapas del proceso de consulta: Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

Cuadro N° 2

Etapas del proceso de consulta previa



Fuente: Ley N° 29788. Consulta Previa

1. Identificación de las medidas objeto de consulta: Este paso da inicio al proceso de consulta previa. El Estado mediante una de sus entidades deben identificar las medidas legislativas o administrativas que vayan afectar de alguna forma los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Además las comunidades indígenas mediante sus representantes pueden solicitar que sean consultados, cuando ellos consideren que alguna medida les afecte directamente. En este punto se llega a mencionar los derechos

colectivos, esto se debe a que la propia Ley en varios de sus artículos reconoce que la consulta previa se debe dar cuando existan medidas que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, contraviniendo al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, la cual no restringe el derecho a consultar cuando se afecten solamente derechos colectivos si no cuando exista alguna medida legislativa o administrativa que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas, es decir el artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT no restringe la aplicación de la consulta previa como si lo hace la Ley de consulta previa.

2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados: Las medidas legislativas o administrativas deben ser puestas en conocimiento de los pueblos indígenas, para ello se deberá identificar los sujetos a consultar. De esta labor se encarga la entidad estatal promotora de dichas medidas.
3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa: Las entidades estatales que promueven las medidas que serán materia de consulta, deberán ponerlas a disposición de los representantes de los pueblos indígenas. Esta comunicación deberá hacerse con conocimiento previo de las costumbres, idioma, territorio y ambiente donde se desarrollan los pueblos indígenas.

4. Información sobre la medida legislativa o administrativa: La entidad estatal promotora es la que se encargara de brindar la información a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso. El Estado deberá garantizar que la información otorgada a los pueblos indígenas sea veraz y completa, ya que de esta manera se conocerá el impacto que podría generar la aplicación de dichas medidas. Logrando que los pueblos indígenas puedan tomar una mejor decisión respecto a la medida legislativa o administrativa de la cual serán afectados.

5. Evaluación interna de las instituciones y organización de los pueblos indígenas u originarios: Los representantes de los pueblos indígenas son los encargados de analizar e identificar el alcance que tendrán las medidas legislativas o administrativas en relación con sus derechos. La Ley menciona que ellos poseen un plazo razonable, por lo que el plazo debe ser establecido basándose en los usos, costumbres, distancia y organización de los pueblos indígenas.

6. Proceso de diálogo intercultural: En este punto los representantes de los pueblos indígenas y las entidades estatales inician un debate sobre el impacto que podrían tener las medidas legislativas o administrativas. Los pueblos indígenas expresan sus sugerencias, críticas y recomendaciones, la cuales deberán quedar plasmadas en un acta de consulta.

7. Decisión: El último paso dentro del proceso de consulta previa es la decisión final que se tomara sobre la medida consultada, esta facultad la tiene el Estado. Esta decisión debe estar debidamente motivada, teniendo en cuenta las recomendaciones y sugerencias que los pueblos indígenas brindaron en el paso anterior. Si las partes llegaran a un acuerdo, este sería de obligatorio cumplimiento pero de no ser así el Estado se encargaría de adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

En esta parte hemos visto el procedimiento de la consulta previa. Asimismo debemos tomar en cuenta el artículo 16 de la Ley de consulta previa referente al idioma la cual nos explica que el proceso debe tener el apoyo de intérpretes debidamente capacitados sobre la materia que se va consultar ya que en algunos casos la lengua oficial no es hablada por los pueblos indígenas por lo que es indispensable entenderse lingüísticamente para poder establecer un dialogo y una adecuada consulta previa.

En este punto hemos buscado analizar los artículos más importantes de Ley N° 29785, Ley de consulta previa. Como se ha podido observar la norma trata de regular el proceso de consulta previa en el país, pero a nuestro punto de vista algunos artículos restringen los derechos de los pueblos indígenas ya que la Ley reconoce que solo se aplicara el proceso de consulta previa siempre y cuando se afecten derechos colectivos, dejando a un lado los derechos individuales de los

pueblos indígenas, estando así en contra de lo estipulado por el Convenio N°169 de la OIT, ratificado por nuestro país en el año de 1994.

3.2 Reglamento de la Ley N° 29785 del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En los primeros días del mes de abril del año 2012, el Ministerio de Cultura promulgo el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC⁶⁴. Este reglamento tuvo la participación solamente de seis organizaciones indígenas nacionales y el impulso del Viceministerio de Interculturalidad. Las organizaciones indígenas que participaron de la promulgación de esta norma, no estaban conformes en su totalidad con el contenido del reglamento. Ellos consideraban que el Estado no había respetado los acuerdos tomados en el proceso de dialogo, vulnerando así los derechos reconocidos en el Convenio N°169 de la OIT. Por lo que mediante un acta expusieron sus observaciones⁶⁵.

El reglamento buscaba complementar la Ley de consulta previa, estableciendo procedimientos complementarios para la correcta aplicación de la norma.

⁶⁴ Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. 2012. *Análisis del Reglamento de la Ley de consulta previa: Decreto Supremo N°001-2012-MC. p.5-6*

⁶⁵ Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. 2012. *Análisis del Reglamento de la Ley de consulta previa: Decreto Supremo N°001-2012-MC. p.7*

Así lo podemos apreciar en el artículo 2 del presente reglamento, donde se indica que la consulta previa se aplica cuando: 1) existan medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; 2) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los derechos que se emitan conforme el artículo 104 de la Constitución; y 3) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo⁶⁶.

Del análisis de este artículo podemos entender que el reglamento trata de indicar el ámbito de aplicación de la consulta previa, logrando establecer criterios que no estaban reconocidos en la Ley.

Por otro lado el reglamento regula el plazo máximo de 120 días calendario para el desarrollo del proceso de consulta. El plazo otorgado por la norma abarca desde la entrega de la propuesta de la medida a consultar hasta la firma del Acta de Consulta⁶⁷. Este artículo complementa el proceso de la consulta reconocido en la Ley N° 29785, ya que esta no establecía el plazo máximo para el desarrollo del proceso. Sin embargo, este punto fue duramente criticado por los pueblos indígenas. Ellos argumentaban que al *“establecer un plazo tan arbitrario, no lograba que el proceso de consulta previa tenga carácter legítimo porque cada proceso debía respetar las costumbres y particularidades de cada pueblo. Es decir la consulta*

⁶⁶ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.212

⁶⁷ Artículo 24°: Plazo máximo del proceso de consulta. Ministerio de Cultura. 2012. Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el 08 de julio del 2017. Recuperado de: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>

*podría durar más de 120 días calendario ya que los pueblos indígenas son afectados de distinta manera, por lo que cada caso debe ser tratado como único*⁶⁸.

Finalmente el reglamento nos menciona que la implementación del derecho a la consulta está a cargo del Viceministerio de Interculturalidad, entidad del Ministerio de Cultura. Entre otras funciones que el Viceministerio posee son las de consolidar y elaborar la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y llevar registro de sus organizaciones; además lleva el registro de todos los procesos de consulta realizados hasta la fecha en el país y también brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta⁶⁹.

La Ley de Consulta previa y su reglamento analizados en este punto, son normas que han buscado desarrollar el proceso de la consulta previa reconocido en el Convenio N°169 de la OIT. Si bien es cierto la Ley de consulta previa es la primera en toda Latinoamérica, cosa que le reconocemos al Estado peruano por tal iniciativa, pero ha sido duramente criticada por los representantes de los pueblos indígenas. Las organizaciones indígenas argumentaban que la Ley de consulta previa restringía sus derechos, por lo que buscaban en todo momento que la norma sea dictada correctamente en busca de dar cumplimiento a lo reconocido en el Convenio N°169 de la OIT.

⁶⁸ Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Coordinadora nacional de Derechos Humanos. 2012. *Análisis Crítico de la Consulta previa en el Perú: Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Lima. p.40

⁶⁹ Artículo 28°: Plazo máximo del proceso de consulta. Ministerio de Cultura. 2012. Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el 08 de julio del 2017. Recuperado de: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>

En conclusión consideramos que en el proceso de consulta debe darse un dialogo mutuo entre el Estado y los pueblos indígenas. Intercambiando puntos de vista, otorgando recomendaciones y siendo los pueblos escuchados en todo momento. Esto generara un clima de confianza entre las partes, creando relaciones y desarrollo en conjunto que lograría beneficiar a todo el país. En definitiva el derecho a ser consultado previamente, es un proceso que busca la participación e inclusión de los pueblos indígenas u originarios en las medidas administrativas o legislativas que emita el Estado en virtud del desarrollo del país.

3.3 La Consulta Previa en relación al Estado, Pueblos Indígenas u Originarios y las Empresas Privadas.

3.3.1 El Rol del Estado en la Consulta Previa

Como se ha desarrollado anteriormente el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta previa establecen que los procesos serán realizados por el Estado, siendo más precisos por la entidad estatal que vaya a emitir una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas.

Además la Ley y el Reglamento de Consulta previa establecen que el Viceministerio de Interculturalidad (VMI), es el encargado de la realización y

supervisión del proceso de consulta previa. No obstante la responsabilidad específica de la coordinación de los procesos de consulta con las comunidades indígenas ha sido delegada a la Dirección de Consulta Previa (DCP), oficina que pertenece a la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas.

La DCP fue creada en el año 2013, para promover la implementación del derecho a la consulta previa. Esta dirección tiene entre sus funciones la coordinación con las entidades promotoras para que lleven a cabo los procesos de consulta, la organización y mantenimiento del registro de los resultados de todos los procesos de consulta, y las labores de informar y sensibilizar a los pueblos indígenas y otras organizaciones sobre el alcance del derecho a la consulta previa; así como también la de proporcionar capacitación y asistencia técnica a las entidades promotoras y a las organizaciones representantes de los pueblos indígenas y a emitir opinión de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas, también para solicitar una consulta sobre si la medida legislativa o administrativa califica para consulta, sobre el ámbito de consulta y sobre la determinación de los pueblos que serán consultados⁷⁰.

En el Perú, además del Ministerio de Cultura, son dos los organismos estatales que poseen experiencia en la realización del proceso de consulta previa. Esto son Perupetro S.A y el Ministerio de Energía y Minas (Minem).

⁷⁰ Cynthia A. Sanborn, Verónica Hurtado y Tania Ramírez. 2016. *La consulta previa en el Perú: Avances y retos*. 1° Edición. Universidad del Pacífico. Lima, Perú. p. 17-18.

En primero lugar tenemos a Perupetro S.A, el cual “entre octubre del 2013 y agosto del 2015 lograron finalizar un total de 11 procesos de consulta previa”⁷¹. Estos procesos fueron duramente criticados por diferentes grupos indígenas, aduciendo que los procesos fueron realizados de manera demasiado apresurada, además no se había informado a la población sobre la materia de consulta y sobre como serian afectados sus derechos, generando un descontento entre los colectivos indígenas.

El encargado actualmente de realizar los procesos de consulta previa ligados al sector minero y el sector de hidrocarburos es el Ministerio de Energía y Minas, el cual fue cuestionado en un primer momento por ser la entidad más reacia a la aplicación de la consulta previa, en los diversos proyectos mineros que se venían desarrollando en nuestro país.

Uno de los grandes problemas que se suscitaron entorno a la aplicación de la consulta previa, fue debido a que el MINEM otorgaba concesiones a los diversos inversionistas dentro del sector minero, delegándole la responsabilidad sobre las relaciones y negociaciones a la empresa que deseaba realizar la actividad minera, contraviniendo así al Convenio N°169 de la OIT ya que es función del Estado realizar el proceso de consulta previa.

⁷¹ Karina Vargas y otros. 2016. *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas*. 1° Edición. Cooperación Alemana. Lima, Perú. p. 35-36

La Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), la principal asociación de la industria extractiva, se había resistido a la aplicación de la consulta previa, aduciendo que era ilegal la aplicación de Ley de Consulta Previa desde antes de su publicación en el año 2011, argumentando que la leyes no se aplican de manera retroactiva por lo que todas las concesiones y proyectos realizados antes de esa fecha no debían ser materia de consulta por que no existía norma que regule la aplicación de la consulta previa, este argumento también era compartido por el MINEM y el Viceministerio de Interculturalidad. Además se mencionaba que dentro de los nuevos proyectos muchas comunidades que posiblemente se verían afectadas, no cumplían con los requisitos establecidos en el Convenio N°169 de la OIT para ser reconocidos como comunidad indígena porque no estaban incluidas en la base de datos oficial publicada por el Ministerio de Cultura, por lo que las empresas no estaban obligadas a realizar el proceso de consulta previa.

Como hemos visto, en el capítulo anterior de esta investigación el Estado tiene el rol principal respecto a la consulta previa, ya que es el único que debe realizar el proceso de consulta. Entendemos que el Estado muchas veces ha delegado esta función para la empresa privada o no ha reconocido el derecho de consulta previa el cual es de obligatorio cumplimiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1995, es decir reconoce recién este derecho desde el año 2011 luego de la promulgación de la Ley N° 29785.

3.3.2 El Rol de los Pueblos Indígenas en la Consulta Previa

En el punto anterior se desarrolló el rol que cumplía el Estado frente al proceso de consulta previa. Este al no ser correctamente aplicado generaba conflictos en el país, ya que muchas veces se delegaba funciones que no le correspondían a las empresas privadas, siendo afectados los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas al igual que el Estado, también cumplen un rol importante en el desarrollo de la consulta previa, se podría decir que estas dos partes son el eje principal de dicho proceso, buscando trabajar en conjunto para lograr un beneficio mutuo. En este punto, analizaremos el rol que cumplen los pueblos indígenas dentro del proceso de consulta previa.

Como se ha desarrollado durante toda esta investigación, la consulta previa es un derecho otorgado a los pueblos indígenas en el Perú desde que el congreso ratificó el Convenio N°169 de la OIT. No obstante los pueblos indígenas consideran que el Estado ha mostrado desinterés en la búsqueda del cumplimiento de su derecho, siendo beneficiadas por esta medida las empresas privadas⁷². Otro gran problema que engloba a los pueblos indígenas son los conflictos internos o falta de institucionalidad que estas poseen. Esto se llega a apreciar cuando se cuestiona por parte de la propia comunidad, la legitimidad de los representantes de ciertas

⁷² Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.213

organizaciones indígenas, generando dificultad en la búsqueda de acuerdos mutuos con el Estado.

La representatividad de las organización indígenas es de suma importancia para la realización del proceso de consulta previa porque de esa manera se puede identificar y reconocer los pueblos indígenas antes del inicio del proceso de consulta. Para ello el Viceministerio de Interculturalidad creo la Base de Datos de Pueblos Indígenas, siendo actualizada con información generada por los diferentes organismos públicos, expertos académicos, organizaciones representantes de los indígenas y las mismas entidades estatales que establecen nuevos procesos de consulta, pero hasta la fecha solamente se han reconocido para el año 2016, 55 pueblos indígenas y nativos⁷³. Esta cifra es ínfima frente a la “*población de 332,975 indígenas agrupados en 1.509 comunidades*” en todo el país⁷⁴. Muchas veces las empresas extractivas mayormente ligadas al sector minero utilizaban la excusa de que si el pueblo indígena no estaba en la Base de Datos del MINCUL entonces estos no tenían derecho de consulta. Este argumento en su totalidad es erróneo ya que los pueblos tienen su derecho de consulta ganado desde muchos años atrás por lo que debe darse cumplimiento al Convenio N°169.

De lo desarrollado en el capítulo anterior, podemos entender también que las comunidades indígenas cuestionan la Ley de Consulta Previa porque consideran que en algunos artículos de dicha Ley existen restricciones que no se encuentran

⁷³ Cynthia A. Sanborn, Verónica Hurtado y Tania Ramírez. 2016. *La consulta previa en el Perú: Avances y retos*. 1° Edición. Universidad del Pacífico. Lima, Perú. p. 32-35.

⁷⁴ Pedro Mayor Aparicio y Richard E. Bodmer. 2009. *Pueblos Indígenas de la Amazonia Peruana*. Perú. p.6

normadas en el Convenio N°169 de la OIT. Dichas críticas están centradas en torno a la redacción en general de la Ley de Consulta Previa, ya que como vimos en el primer capítulo se delimita mucho la aplicación de dicha ley agregándole términos como “afectación directa” en lugar de “susceptibles de afectarlos directamente”. Se puede entender que la norma redactada y reconocida en el tratado internacional tiene un carácter más abierto en contraposición de la Ley que es más restrictiva⁷⁵.

Además podemos observar que la Ley agrega criterios que no estaban incluidos en el Convenio N°169 de la OIT, ya que en este se estipula con claridad quienes son los sujetos de derechos a consultar. En cambio, la ley agrega otros criterios tales como: el descender directamente de las poblaciones, tener Patrones culturales y modos de vida distintos a otros sectores y Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan, entre otros⁷⁶.

Podemos entender el descontento que tienen los pueblos indígenas frente a la mala actuación del Estado. Este tiene muchos problemas en la aplicación del derecho de consulta previa, debido a que delega funciones que son propias de él o emite una Ley que es cuestionada por no ir acorde al Convenio N°169 de la OIT. Sumémosle a este problema la falta de organización de los pueblos indígenas, que dificultan aún más una posible comunicación y trabajo en conjunto con el Estado, llevando finalmente a un conflicto.

⁷⁵ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.218

⁷⁶ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.218

Entendemos que los pueblos indígenas no están en contra de la inversión privada en sí misma, ellos quieren desarrollo pero buscando todos los medios posibles para que no haya afectación a la poblaciones y sean respetados sus derechos⁷⁷. Por ello, consideran que el proceso de consulta previa es un medio por el cual se pueda entablar un diálogo intercultural. Los pueblos deben buscar organizarse adecuadamente y tener una agenda de interlocución con propuestas al Estado para que se pueda realizar un adecuado proceso de consulta.

3.3.3 El Rol de las Empresas Privadas en la Consulta Previa

Hemos entendido que dentro del proceso de consulta las partes que tienen un rol más activo son el Estado y los pueblos indígenas, ya que el Estado es el encargado de la realizar el proceso de consulta según lo establecido en el Convenio y en la Ley. Tenemos claro que los pueblos indígenas poseen el derecho a ser consultados cuando una medida administrativa o legislativa puede afectarlos directamente.

Debemos tener en cuenta que muchos de los procesos de consulta previa esta ligados a permisos que otorga el Estado para la realización de cierto tipo de actividades por parte de la empresa privada es decir medidas administrativas o legislativa que tarde o temprano afectan directamente a las comunidades indígenas.

⁷⁷ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.219-222

Entonces, la empresa privada entra a tallar dentro del proceso de consulta previa debido a que ellos en búsqueda de obtener un beneficio económico, solicitan al Estado un permiso para desarrollar cierto tipo de actividades dentro del territorio nacional, podemos tomar como ejemplo las concesiones mineras, que son otorgadas por el Estado a la empresa privada para que esta realice la explotación de recursos minerales.

El derecho de consulta previa comienza a tomar protagonismo hasta volverse un requisito para la realización de un proyecto minero o cualquier actividad de tipo extractiva, cuando esta afecta a un pueblo indígena, obligando al Estado dar cumplimiento al Convenio N°169 de la OIT, es decir realizar la consulta antes de que dicho proyecto se realice.

La empresa privada al tener interés directo sobre la realización de los proyectos de inversión, tomaría un rol dentro del proceso de consulta previa ya que esta exigiría al Estado el cumplimiento del derecho que le fue otorgado, por lo que buscaría que el proceso de consulta sea realizado de manera mucho más rápida, teniendo muchas veces una participación directa dentro del desarrollo del proceso de consulta. Esta participación no debería tomar mucho protagonismo porque según la norma el encargado de realizar el proceso de consulta es el Estado pero en muchas oportunidades se ha delegado esta función al sector privado que en busca de intereses propios hace pasar talleres informativos como procesos de consulta previa.

Los talleres informativos son realizados por las empresas extractivas, para informar a los pueblos indígenas sobre el proyecto que se va desarrollar. En estos talleres los pueblos indígenas son simples espectadores, resultando irrelevante la opinión que pudieran tener sobre los hechos que se pretenden realizar⁷⁸. Sin embargo según el artículo 3 de la Ley de consulta se menciona que: *“La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativas o administrativa que les afecten directamente, a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los proceso de toma de decisiones del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”*⁷⁹.

Podemos interpretar de líneas más arriba que los talleres son en la práctica charlas informativas que buscan evitar de alguna manera realizar el proceso de consulta previa haciendo pasar un taller como un proceso de consulta. Los talleres informativos no podrían reemplazar al proceso de consulta previa porque no son realizados por el Estado sino por la empresa privada, estos no permiten a los pueblos indígenas acceder a la información mediante el cual puedan evaluar que tan beneficioso es el proyecto antes de la realización del proceso, al ser un mero taller los pueblos indígenas no tienen tiempo para reflexionar o meditar sobre la medida de la cual serán afectados, además no pueden emitir opiniones o punto de vista, llevando

⁷⁸ Revista Derecho y Sociedad. 2014. Ruiz, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta previa en el Perú: Pretextos Jurídicos del Gobierno para Incumplirla*. PUCP. p.183

⁷⁹ Congreso de la Republica. 2011. Artículo 3. Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el 12 de mayo del 2017. Recuperado de: <https://www.presidencia.gob.pe/documentos>

a la no existencia de un dialogo entre las partes y finalmente porque los talleres informativos y el proceso de consulta previa tienen diferentes finalidades⁸⁰.

Lo mencionado líneas arriba es una muestra del poco trabajo que han tenido las empresas privadas para entablar una relación de confianza mutua con los pueblos indígenas, generando oposición en la mayoría de proyectos extractivos que se pretenden realizar en el país. Esta oposición es generada por el lento accionar del Estado y el intento de la empresa privada de evita el cumplimiento del Convenio N°169 de la OIT.

Si la empresa privada comienza a tener un rol más participativo dentro del proceso de consulta, busca entablar un verdadero diálogo intercultural y no solo se dedica a ver intereses propios, podría ser la consulta previa un mecanismo para desarrollo en conjunto, esto debido a que las comunidades *“no están en desacuerdo con el desarrollo, ellos al igual que todos quieren desarrollo pero buscando siempre el respeto de sus derechos, evitando la afectación a los pueblos y buscando siempre el dialogo intercultural que hecho de buena fe podría prevenir conflictos o resolver los conflictos”*⁸¹.

⁸⁰ Revista Derecho y Sociedad. 2014. Ruiz, Juan Carlos. *Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta previa en el Perú: Pretextos Jurídicos del Gobierno para Incumplirla*. PUCP. p.183

⁸¹ Ameller, Vladimir y otros. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena. p.221

CONCLUSIONES

1. En la primera parte de esta investigación se reconoció que el convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales “*es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1989*”⁸². Posteriormente fue ratificado en el año 1994, siendo de cumplimiento obligatorio a partir del 2 de febrero de 1995. Este tratado busca que los pueblos indígenas mantengan y fortalezcan sus culturas, formas de vida y puedan formar instituciones propias para así poder participar de manera efectiva en las decisiones que les afecten. Asimismo, dicho tratado busca garantizar que los pueblos indígenas puedan decidir sobre su proceso de desarrollo, cuando exista un hecho que pueda afectar sus vidas, creencias, instituciones o el territorio donde habitan, alejándolos así de una posible marginación o discriminación.
2. Uno de los roles principales dentro del proceso de consulta es el que posee el Estado. Como hemos desarrollado en nuestra investigación existe una gran debilidad institucional, ya que le ha costado al Estado lograr el cumplimiento del Convenio ratificado en el año 1994. Partiendo del poco interés que posee el Estado por hacer partícipe del desarrollo nacional a los pueblos indígenas y solo interesándose por ellos cuando se va

⁸² Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. p.19

desarrollar alguna actividad de importancia para el país, generando así un ambiente de desconfianza que desembocan en conflictos sociales, como lo ocurrido en Bagua años atrás.

La iniciativa que tuvo el Estado en promulgar una Ley dentro de su ámbito nacional, que buscara la protección de los derechos indígenas fue muy aplaudida por diversos países, pero esta Ley fue duramente criticada por las comunidades indígenas ya que esta tenía criterios que restringían de gran manera sus derechos. Además de la reacia aceptación por parte de algunas entidades del Estado al no querer cumplir con la aplicación del proceso de consulta previa, causando mayor desconfianza entre las comunidades y el Estado generando un ambiente de confrontación entre estas dos partes. El correcto rol del Estado dentro del proceso de consulta previa es el de garantizar su cumplimiento.

Concluimos entonces que el incorrecto el rol del Estado frente al cumplimiento del proceso de consulta previa reconocido en el Convenio de N° 169 de la OIT, está relacionado a la debilidad institucional, la falta de interés en el adecuado desarrollo de un proceso de consulta previa que conlleva a delegar funciones que no corresponde, a terceros interesados, generando en nuestro país conflictos con los pobladores indígenas, quienes solo buscaban la protección de sus derechos obtenidos y reconocidos internacionalmente.

3. Otro eje principal dentro del proceso de consulta previa son las comunidades u pueblos indígenas. Ellos poseen el derecho a ser consultados cuando una medida administrativa o legislativa les pueda causar daño.

Un pueblo indígena, para nosotros, es un grupo de personas que viven con sus propias costumbres, creencias, normas o leyes puesto que son anteriores a la formación del Estado y tienen un estilo de vida diferente al de un ciudadano común. Ellos poseen el derecho a ser consultados por parte del Estado mediante un dialogo intercultural cuando existan medidas administrativas, legislativas o proyectos de inversión que puedan afectar su desarrollo, costumbres o territorio. El objeto del proceso de consulta es que puedan evaluar, estudiar y analizar posibles daños, que puedan perjudicarlos o beneficiarlos de alguna manera, por ello en el ejercicio de su derecho deben ser consultados con el fin de llegar a un acuerdo y poder establecer un trabajo en conjunto con el Estado.

Los pueblos indígenas poseen al igual que el Estado una debilidad institucional muy marcada. Esto se aprecia cuando las comunidades cuestionan la representatividad de ciertas organizaciones indígenas, dificultando muchas veces el diálogo entre las partes involucradas.

La representatividad de las comunidades indígenas por parte de alguna organización es de suma importancia para la realización del proceso de consulta previa porque de esa manera se puede tomar conocimiento sobre con quien se tiene que entablar el diálogo intercultural para poder

desarrollar un correcto proceso de consulta previa como establece el Convenio N° 169 de la OIT, evitando así futuros conflictos y buscando la protección de sus derechos.

4. En el proceso de consulta previa puede intervenir un tercero interesado siempre que la consulta fuera de interés para la realización de un proyecto extractivo. Tenemos que recalcar que el único rol que debería tener la empresa privada dentro del proceso de consulta previa sería el de informar o aclarar dudas sobre el proyecto que pretenden realizar, ya que el encargado de la realización del proceso de consulta previa es el Estado.

La empresa privada en algunas oportunidades ha llevado de la mano con el Estado el proceso de consulta previa. Esto ha generado que la empresa privada en la búsqueda del desarrollo de su proyecto, quiera que la consulta se ejecute de forma mucha más rápida, realizando muchas veces el proceso de consulta. El problema se genera cuando el sector privado pretende realizar un rol que le corresponde al Estado, ya que en la búsqueda de su propio interés económico busca evitar que el proceso de consulta previa sea realizado como lo dispone la norma. Aquí es donde nacen los Talleres Informativos los cuales son charlas que brindan los terceros para dar información sobre el proyecto a realizar. En estos talleres en ningún momento se da un dialogo intercultural entre la empresa y las comunidades indígenas, tan solo es una exposición y descripción del proyecto que se desarrollara.

El rol del sector privado dentro del proceso de consulta es muy cuestionado por las comunidades indígenas, el querer hacer pasar los talleres informativos por procesos de consulta previa genera un clima de desconfianza y a esto le sumamos que el Estado muchas veces tiene más interés en que los proyectos se desarrollen, en lugar de buscar la protección de los derechos de las comunidades. Por ello lo que debería lograr la empresa privada en virtud de que su proyecto se desarrolle es entablar un diálogo intercultural, intercambiar información, escuchar opiniones y dudas de las comunidades para que en vez de ser un tercero que genere conflicto sea un tercero que ayude a la correcta realización del proceso de consulta previa.

5. Los problemas que surgen de la aplicación del proceso consulta previa en nuestro país tienen una relación directa con el deficiente rol que tiene el Estado frente al proceso de consulta. El Estado en su debilidad institucional le ha costado proteger los derechos de las comunidades indígenas, además de ser reacio al reconocimiento del Convenio N°169 de la OIT por no existir una Ley que lo regule, que dejó conflictos de gran envergadura como lo ocurrido en Bagua. El Estado en virtud de reconocer el derecho de consulta previa que poseen los pueblos indígenas promulgo La Ley N°29785, en el año 2011, la cual fue criticada y cuestionada por las propias comunidades indígenas por agregar criterios que no estaban reconocidos en el convenio internacional.

Por otro lado las empresas privadas que buscaban satisfacer intereses económicos propios, hacían pasar muchas veces talleres informativos por procesos de consulta previa, ya que el Estado le delegaba funciones que no le correspondían y por último los pueblos indígenas quienes tenían dificultad para trabajar en conjunto con el Estado, sobre medidas administrativas y legislativas que podían causarles afectación alguna , ya que las comunidades al no estar correctamente organizadas dificultaban aún más el correcto desarrollo del proceso de consulta, situación que genera y generará en nuestro país conflictos sociales por una incorrecta aplicación del proceso de consulta previa entre los pueblos indígenas, el Estado y la empresa privada, produciendo vulneración de derechos reconocidos en el Convenio N°169 de la OIT y dificultando en el desarrollo económico de nuestro país.

RECOMENDACIONES

1. Se debe adecuar la Ley de Consulta Previa N° 29785 para que esté acorde al Convenio N°169 de la OIT, quitando los criterios restrictivos para reconocimiento de una pueblo indígena y el desarrollo del proceso de consulta solamente cuando se afecten derechos colectivos.
2. La base de datos de pueblos indígenas creada por el Viceministerio de Interculturalidad, es una herramienta que tiene carácter declarativo, siendo referencial para el reconocimiento de una comunidad. El Estado debe tener un poco más de motivación a la actualización de esta base de datos ya que servirá de guía para el inicio de futuros procesos de consulta previa y además saber con antelación con que pueblo se realizara el proceso de consulta, conociendo sus costumbre, idioma, etc. Asimismo la base de datos podría servir como referencia y en beneficio de los pueblos indígenas como por ejemplo la exoneración del requisito de focalización que se exige para acceder a programas sociales.
3. Es necesario un replanteo exacto sobre en qué momento se debe realizar el proceso de consulta previa, porque cada proceso es único, por ejemplo en materia minera el proceso de consulta previa debe darse en el momento de la realización del Estudio de Impacto Ambiental.

4. Es necesario promover e informar sobre el procedimiento de consulta previa y el derecho que poseen los pueblos indígenas cuando se den acciones administrativas y/o legislativas que afecten su derecho, con el fin de que se tome conciencia por parte de las entidades del Estado, empresa privada y la población en general. Siendo así los pueblos indígenas respetados, entendidos y protegidos.

5. Es necesario que el Estado cumpla su rol dentro del proceso de la consulta previa como está reconocido en el Convenio N°169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, es decir que sea el encargado de llevar el proceso de consulta previa. Para ello el Estado tiene que construir en proceso, tiene que buscar la manera de trabajar con los pueblos que han vivido al margen de su apoyo, sin educación, sin desarrollo. El verdadero rol del Estado es el que busca la inclusión de las comunidades en las políticas de desarrollo económico, para que sus futuras generaciones puedan crecer dentro de la misma zona donde viven o tengan la posibilidad de educarse al igual que una persona común.

6. El Estado también deberá tener una institucionalidad más sólida para poder cumplir con el proceso de consulta previa, como lo establece la norma, para ello deberá fortalecer al Viceministerio de Interculturalidad, del Ministerio de Cultura, para que pueda supervisar, asesorar , realizar y coordinar con las empresas promotoras sobre los procesos de consulta previa que se desarrollen

en nuestro país. Además de informar, capacitar y sensibilizar a los pueblos indígenas sobre el derecho que estos poseen y estudiar la relación y pensamiento que tienen la comunidad antes de la realización del proceso de consulta.

7. Los pueblos indígenas tienen que informarse para poder tomar una buena decisión dentro del proceso de consulta previa, para ello es necesario que las comunidades se organicen, capaciten y se fortalezcan de tal manera que puedan tener capacidad de dialogo e interlocución, para así hacer respetar sus derechos frente al Estado.
8. Se deberá buscar el consentimiento previo libre e informado, ya que no se puede pedir que los pueblos indígenas tomen una decisión sobre algún daño que pudieran tener por alguna medida legislativa o administrativa, si antes no se ha informado, educado, debatido y dialogado sobre el impacto que generara tal decisión. La consulta se debe tener presente como un procedimiento que puede dar sostenibilidad a los distintos proyectos que se pretendan realizar dentro del país y también como método preventivo a los conflictos sociales que se puedan generar por la vulneración de derechos.
9. La empresa privada debe aprender sobre el proceso de consulta previa, como también a preocuparse por que se entienda la información brindada y que tenga disposición para aprender sobre las costumbres, idioma y cultura de los pueblos indígenas donde pretendan realizar alguna actividad. Es importante

que la empresa privada tenga una relación sólida con la comunidad para ello debe tener la disposición de entablar un diálogo con las comunidades para absolver duda o preocupaciones por parte de las poblaciones indígenas.

10. La empresa privada debe ver la consulta previa como una oportunidad para que su proyecto se dé con mayor facilidad y sin conflictos que conlleven a una no realización de su proyecto afectando sus propios intereses, si bien el Estado es el encargado de llevar el proceso de consulta previa, la empresa privada podría utilizar métodos de negociación con la comunidades para lograr desarrollar un buen proceso de consulta previa en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDSESEP. 1985. La asociación interétnica de desarrollo de la Selva Peruana. [En línea] 27 de Mayo de 1985. [Citado el: 7 de Junio de 2017.] <http://www.aidesepe.org.pe/>.

Alva, Luis, Ruiz, Juan y La Rosa, Javier. 2011. *En defensa de derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales* . Lima : Justicia, 2011.

Ameller, Valdimir. 2012. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas e América Latina*. La Paz : Programa Regional de participación política indígena, 2012.

Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador. **Carrión, Patricia. 2012.** [ed.] Fundación Konrad Adenauer. 2012, CEDA: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental.

Andaluz Westreicher, Carlos. 2016. *Manual de Derecho ambiental*. Lima : Lustitia, 2016.

Belaúnde, Martín. 2013. *Derecho Minero y Conseción* . Lima : Editorial San Marcos, 2013.

Congreso de Colombia. 1993. Artículo 44. Ley N° 70. Ley que desarrolla el artículo 55 de la Constitución Política Colombiana . . [En línea] 1993. [Citado el: 25 de Junio de 2017.] https://www.codechoco.gov.co/sites/Documentos/Normatividad/Leyes/LEY_70_1993.pdf.

—. **1993.** Ley N° 99. Creación del Ministerio de Ambiente. 1993.

Congreso de la República del Perú. Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la OIT. [En línea] [Citado el: 12 de Mayo de 2017.] <https://www.presidencia.gob.pe/documentos>.

Constitución de la República de Ecuador. 2008. *Artículo 57 incisos 7 y 17. Decreto Legislativo N°0.* 2008.

Constitución Ecuatoriana. 1998. Artículo 84 Inciso 5. *Decreto Legislativo N° 00.RO/1.* [En línea] 11 de Agosto de 1998. [Citado el: 26 de Junio de 2017.] <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>.

Defensoría del Pueblo. 2017. Defensoría del Pueblo del Perú. [En línea] 2017. [Citado el: 05 de Enero de 2017.] <http://www.defensoria.gob.pe/>.

El Comercio. 2016. *¿Por qué es tan importante la minería para el Perú?* [En línea] 2016. [Citado el: 12 de Noviembre de 2016.] <http://elcomercio.pe/economia/peru/importante-mineria-peru-192754>.

Federación Internacional de Derechos Humanos. 2009. *Derramamiento de sangre en el contexto del paro Amazónico.* Bagua : s.n., 2009.

Fundación para el debid proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al aconteismiento precio, libre e informado en América Latina: Avances para su*

implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Oxfarm : Washington, 2015.

Gobierno de Perú. 1993. Constitución Política del Perú. Artículo 2. Inciso 19. [En línea] 1993. [Citado el: 05 de Julio de 2017.] <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>.

Gobierno del Perú. Título: Del Estado y la Nación. Capítulo I: Del Estado, la nación y territorio . *Constitución Política del Perú, 1993.* Vol. Artículo °51.

Grupo de trabajo sobre los pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima. Análisis crítico de la Consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de la Consulta y del Reglamento . Lima.

Grupo de Trabajo de los pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. 2012. Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa: Decreto Supremo N° 001-2012-MC. 2012.

Hernández, Roberto. 2014. *Metodología de la Investigación* . México D.F. : Interamericana, 2014.

Jahncke Benavente, Javier y Meza, Rocío. 2010. *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica: Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas.* Lima : CIDSE/RED, 2010.

Jurídicos en la implementación de la consulta previa en el Perú: Pretextos jurídicos del Gobierno para incumplirla PUCP. Ruiz, Juan. 2014. [ed.] PUCP. Lima : s.n., 2014, Derecho y Sociedad.

Mayor Aparicio, Pedro y Bodmer, Richard. 2009. *Pueblos indígenas de la Amazonía Peruana.* 2009.

—. 2009. *Pueblos indígenas de la Amazonía Peruana.* Bagua : s.n., 2009.

Ministerio de Cultura del Perú. Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT. [En línea] [Citado el: 8 de Junio de 2017.] <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per128122.pdf>.

Ministerio de Energía y Minas. 2011. Reglamento de Consultoría a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas. [En línea] 2011. [Citado el: 13 de Junio de 2017.] <https://www.senace.gob.pe/download/senacenormativa/NAS-4-6-01-DS-040-2014-EM.pdf>.

Ministerio del Interior de Colombia. Decreto 2893 del 2011. *Decreto que modifica los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra al Sector administrativo del Interior.* [En línea] [Citado el: 26 de Junio de 2017.] <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1499331>.

Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Normas Internacionales de Trabajo. 2013. *Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales.* Ginebra : OIT, 2013.

Organización de Naciones Unidas. 2008. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.* 2008.

Pinto, Vladimir y Rivero, Ramón. 2012. *La consulta previa: Desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú.* Lima : Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2012.

Presidente de la República del Perú. 2010. Directiva Presidencial N° 001-2010. *Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.* 2010.

Ramírez Atehortúa, Fabián Hernando y Zweg-Villegas, Anne Marie. 2012. *Metodología de la investigación: más que una receta.* Bogotá : s.n., 2012, ADM-Mister, págs. 91-11.

Ruiz Molleda, Juan. 2012. *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo o de la Ley de consulta previa y su reglamento.* Lima : s.n., 2012.

Sanbom, Cynthia, Hurtado, Verónica y Ramírez, Tania. 2016. *La consulta previa en el Perú.* Lima : Universidad del Pacífico, 2016.

Schilling-Vacaflor, Almut y Flemmer, Riccarda. 2013. *Fortalecimiento de organización indígena en América Latina, PRO Indígena. El derecho a la consulta previa.* s.l. : Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2013.

Tribunal Constitucional Peruano. 2009. *Sentencia.* Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Lima : Tribunal Constitucional Peruano, 2009.

—. 30 de Junio del 2010. *Sentencia.* Expediente N° 05427-PC/TC, Lima : Tribunal Constitucional Peruano, 30 de Junio del 2010.

— **10 de Junio 2010.** Sentencia del Exp. N°0022-2009-PI/TC. Lima : s.n., 6 de Junio de 10 de Junio 2010.

UNESCO. 2014. *Convenio OIT Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes.* Lima : Oficina Regional ára América Latina y El Caribe, 2014.

United Nations Group. 2008. *Guidelines on Indegenous Peoples.* s.l. : Issues, 2008.

Vargas, Karina. 2016. *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.* Lima : Cooperación Alemana, 2016.