

Consulta previa y su contexto nacional: un mejor manejo político sobre los recursos naturales*

CÉSAR GAMBOA BALBÍN

<cgamboa@pucp.pe>

Investigador Profesor

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

[Resumen] Un debate político, social, económico y constitucional se ha producido en nuestro país en los últimos años. El producto de esta discusión se ha centrado en el reconocimiento de uno de los derechos más emblemáticos de los pueblos indígenas: el derecho a la consulta previa, libre e informada. En el marco del Convenio n.º 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, el Perú acaba de promulgar la Ley n.º 28785 que permitirá un mejor diálogo y lograr consensos entre el Estado y las organizaciones representativas de estos pueblos. Sin embargo, también representa una serie de retos y desafíos para implementar los futuros acuerdos que posibiliten una democracia más participativa en nuestro país.

[Palabras clave] Consulta previa, constitucionalismo multicultural, pueblos indígenas, concesiones y proyectos.

[Title] Political parties in Latin America: Towards a professionalization of quality

[Abstract] In recent years there has been a political, social, economic and constitutional debate in our country. The outcome of this discussion has focused on the recognition of one of the most emblematic rights of indigenous peoples: the right to prior, unrestricted and informed consultation. According to Convention No. 169 of the ILO and other international instruments, Peru has recently enacted Law No. 28785 which will enable a better dialogue and achieve consensus between the State and the representative organizations of indigenous peoples. However, it also represents a number of defies and challenges to implement future agreements that will enable a more participatory democracy in our country.

[Keyword] Prior consultation, multicultural Constitutionalism, indigenous peoples, concessions and projects.

César Gamboa Balbín. «Consulta previa y su contexto nacional: un mejor manejo político sobre los recursos naturales». En: ELECCIONES, 2011, enero-diciembre, v. 10, n.º 11, pp. 119-161.

[Recibido] 18/10/11 & [Aceptado] 24/11/11

* El presente artículo está basado en las ponencias que ha realizado el autor en el segundo Foro Latinoamericano sobre las Industrias Extractivas, realizado en La Paz el 26 y 27 de agosto de 2010; la Mesa Temática n.º 7 «Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas», en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México D.F., del 6 al 10 de diciembre de 2010; y en el seminario «Subsídios Jurídicos e Antropológicos para a Regulação da Consulta Prévia junto aos Povos Indígenas do Brasil», en Brasilia, 10 y 11 de octubre de 2011.

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

Pedro Fermín de Varlas, colombiano liberal del siglo XIX

INTRODUCCIÓN

Queremos demostrar los grados de compatibilidad normativa entre los Estados nacionales y los pueblos indígenas por el control de los recursos naturales en Perú. Las tensiones entre Estados nacionales y pueblos indígenas por el control de estos recursos se han vuelto cada vez más irresolubles, ayudando a ello contradicciones o vacíos constitucionales.

Podemos encontrar hasta cuatro razones principales en las que radica la trascendencia de esta materia de gestión pública. Una primera justificación es la importancia que cobran cada vez más las exigencias de colectivos humanos, como son las minorías nacionales y los pueblos indígenas en un mundo impactado por la violencia política, la revaloración de la diversidad cultural y el encuentro de pensamientos civilizatorios diferentes.

Una segunda justificación la podemos encontrar en la radical envergadura que han tomado los conflictos normativos que están siendo estudiados (por ejemplo, derechos de comunidad sobre derechos individuales), especialmente los relacionados con los marcos regulatorios de la inversión privada sobre las actividades extractivas. Ello frente al creciente respeto de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los derechos territoriales, los cuales involucran facultades especiales sobre los recursos naturales, motivación de la inversión privada.

Una tercera razón fundamental para nuestro estudio es que se centra en la pertinencia de comprender la viabilidad de las sociedades multiculturales en la Amazonía, especialmente en los países que han iniciado modelos multiculturales mucho más radicales (Ecuador y Bolivia) frente a otros modelos más conservadores (Perú). La acumulación de capitales y la sobreproducción de algunos bienes y servicios se intensificarán en la próxima década, pese a los efectos del cambio climático y los daños ambientales ocasionados por la

industria extractiva (concesiones hidrocarburíferas y mineras), así como por las actividades ilícitas (tala ilegal y narcotráfico) que traen mucha preocupación respecto a los hábitats donde viven los pueblos indígenas, especialmente en países que tienen selva. Ello no solo genera un problema de inseguridad jurídica o conflictos socioambientales, sino también conlleva a proteger la diversidad cultural y biológica.

Una última razón de nuestro estudio es el interés que han generado recientes respuestas de Ecuador y Bolivia para lograr un nuevo equilibrio entre los distintos intereses y políticas jurídicas a través de innovaciones constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Estas Constituciones van mucho más allá de lo dispuesto en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), consideraciones que pretenden resolver los conflictos sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables; estos últimos, como el petróleo y gas, son estratégicos para la seguridad energética de dichos países. Mientras, en Perú recientemente se acaba de aprobar una Ley de Consulta Previa, Libre e Informada para los pueblos indígenas, que permitirá viabilizar la relación entre el Estado peruano y los pueblos originarios.

Para lograr analizar ello, debemos comprender tres ejes temáticos alrededor de la presentación de tensiones normativas constitucionales. En un primer momento, podemos encontrar las fundamentaciones de los derechos de los pueblos indígenas, desde un plano ético (autodeterminación de los pueblos y valoración de la diversidad cultural); jurídico (democracia y derechos humanos), e histórico (desigualdad social y exclusión cultural), con la finalidad de presentar las contradicciones en la definición del carácter teleológico del derecho constitucional, en su dimensión de derechos, como en la composición del Estado constitucional peruano.

En un segundo momento trataremos sobre el desarrollo de la doctrina internacional acerca de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los relacionados a la administración, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales. Nos centraremos en dar los contenidos mínimos de los derechos territoriales reconocidos por instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales se encuentra el Convenio N.º 169 de la OIT, así como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y cómo estos contenidos no son recogidos por el derecho nacional.

En un último punto trataremos sobre la regulación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en materia de recursos naturales. En este punto identificaremos y analizaremos las tensiones normativas, describiendo los derechos a la consulta previa, libre e informada, a la tierra y territorios, así como al aprovechamiento de los recursos naturales, identificando las contradicciones o vacíos constitucionales.

Finalmente, esperamos que la claridad con que tratamos de abordar la problemática sea tomada como un aporte para una mejor comprensión de las tensiones, incoherencias y vacíos constitucionales por la regulación de los recursos naturales, tanto por el poder general de la soberanía de los Estados, como por el reconocimiento de los poderes especiales a favor de los pueblos indígenas.

1. CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL ANDINO

Desde la dogmática constitucional, es sumamente importante para establecer la tendencia del ordenamiento jurídico de los países con respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, los valores que estos defienden, así como el régimen constitucional en que se desenvuelven. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que los presupuestos del constitucionalismo andino se debaten —hoy por hoy— en un espacio jurídico de lagunas y antinomias, entre la tradición criolla de liberalismo, comprensiblemente monocultural y el nuevo contenido multicultural que arrojan las nuevas Constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y la de Bolivia (2009).

Las imágenes idílicas y distorsionadas del indígena, del «buen salvaje», han sido claramente superadas en el momento que los movimientos y organizaciones indígenas han ingresado en el terreno político para una mejor coordinación de sus demandas históricas y exigencias sociales actuales. Según Clavero (2001: 26), la respuesta de las élites ha sido aceptar un proceso de reconocimiento de derechos colectivos, el mismo que no se suma a un nuevo pacto constitucional, a una nueva fundación de Estados y sociedades, sino a un reconocimiento de un hecho ya existente. Ello frente a los mensajes políticos de defensa del statu quo constitucional y a la acusación de que dicho reconocimiento produciría una intolerancia y soslayada separación que ocasionaría la «balcanización de los países» (SARTORI 2001), atentaría contra el pluralismo liberal, «se crearía una ciudadanía diferenciada y realmente

excluyente», así como una «apropiación exclusiva de los recursos naturales» por parte de los pueblos indígenas.

Sumado a estas críticas, se ha afirmado muchas veces que los derechos de estos pueblos carecen de argumentación jurídica, contradiciendo la creación de derechos colectivos, el propio ejercicio de derechos individuales (FARRELL 1995: 69-94). Así, vale detenernos en la congruencia constitucional —producida por las lagunas o antinomias constitucionales— o en las distintas tensiones entre el constitucionalismo de Perú. Tales contradicciones o nuevas incorporaciones multiculturales al texto constitucional las encontramos en la valoración de la diversidad cultural a través de una nueva concepción de «nación» y la imperiosa necesidad de proteger esta diversidad cultural, reconociendo derechos a estos grupos culturales que componen la nueva idea de nación, mediante derechos especiales, como son los derechos colectivos de los pueblos indígenas (GIRAUDO 2007: 12). En consecuencia, es importante buscar los fundamentos de estas incorporaciones multiculturales al texto constitucional y legal peruano —de su pretensión— para identificar de manera precisa las incoherencias normativas a rango constitucional.

2. ADECUACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO AL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES

Uno de los temas más complejos con respecto a las contradicciones normativas es la propia existencia de normas nacionales que contradicen normas internacionales, las cuales, pese a integrarse al derecho nacional peruano, no son válidas o en muchas ocasiones, no se encuentran vigentes. Ello sucede porque dichos países no adecuan sus legislaciones nacionales a los principios y reglas del derecho internacional incorporado formalmente a sus ordenamientos jurídicos nacionales.

Asimismo, el marco internacional de derechos humanos tampoco ha sido considerado como una fuente de derecho por órganos jurisdiccionales nacionales o los Estados nacionales, los cuales perpetúan esta situación de vulneración normativa y material de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, en este segundo punto trataremos de describir las distintas fuentes que tienen los derechos de los pueblos indígenas para el control, administración y uso de

recursos naturales, amparando sus derechos y su relación especial con la tierra, los territorios o la biodiversidad que los rodea.

Así, explicaremos brevemente una precisa clasificación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, fuentes internacionales sobre el derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas y la forma de incorporarse al derecho nacional por parte de recientes instrumentos internacionales —suscritos, ratificados y vigentes tanto para Perú, Ecuador y Bolivia—, especialmente en lo referente a los derechos territoriales.

2.1. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El reconocimiento de los pueblos indígenas, como sujetos de derecho en el campo del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional ha sido un proceso lento (KYMLICKA 1995: 40; REMIRO et al. 1997: 135; VILLORO 1999: 83). Ciertamente, es difícil definir el concepto de «pueblos indígenas», a pesar de lo estipulado en el artículo 1.º del Convenio N.º 169; sin embargo, ya sea como grupos nacionales, étnicos o profundizando en el concepto de pueblo, indio u originario (TIBÁN 2001: 30), estamos intentando determinar a un sujeto histórico en América Latina. El contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas está relacionado con distintas propuestas de positivación y conceptualización.¹

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

¹ Los tipos de derechos colectivos, para cada comunidad específica, son los derechos especiales de representación, los derechos de autogobierno y los derechos poliétnicos (KYMLICKA 1995: 61).

Estos poderes o derechos, que en algunos casos no han sido definidos por la legislación nacional, se plantean aun en el campo social como exigencias y producen muchos conflictos socioambientales. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, se podrían considerar diversos marcos conceptuales de estudio de los derechos de los pueblos indígenas bajo la tríada de respeto, reconocimiento y representación. En ese sentido, hemos intentado sistematizar los derechos «marcos» y conceptos que le otorgan eficacia a las facultades de los pueblos indígenas (véase tabla 1):

- 1) *Derechos colectivos de identidad*. El respeto del valor identidad de los pueblos indígenas se ve reflejado en los derechos a la cultura, a la identidad propiamente y a la educación. Así, por ejemplo, la identidad que se manifiesta en actos comunes de un grupo humano determinado está vinculada íntimamente al ejercicio individual de derechos de los miembros de los pueblos indígenas. La comunidad, como sujeto de derecho, puede reconocerse y reconocer a sus miembros un estatus especial para constituir una identidad más compleja y cohesionada, llámese nación o tan solo para preservar la propia (TIBÁN 2001: 39-41).
- 2) *Derechos colectivos de «autonomía»*. La autodeterminación es la base fundamental de los derechos colectivos, de la cual se deriva el derecho colectivo a tomar una decisión sin limitaciones frente a otro grupo o a la sociedad mayoritaria (Estado). Ello mediante la capacidad de autoorganizarse, a ser autónomo política, económica y socialmente, a ser parte de la consulta y participación política en la «sociedad nacional», y, además, a la jurisdicción y solución de conflictos sociales (TRUJILLO et al. 2001: 33).
- 3) *Derechos colectivos «territoriales»*. Este derecho está vinculado con la capacidad de la comunidad de dirigir, administrar y aprovechar su territorio. Al referirnos al derecho colectivo de «territorialidad», estamos incluyendo el derecho a la tierra, al aprovechamiento de los recursos naturales, a la conservación de la biodiversidad de los territorios indígenas.

TABLA 1
Derechos de los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional

| Derechos marco | Derechos específicos |
|-------------------------------------|---|
| | Identidad |
| Derechos colectivos de identidad | Personería jurídica |
| | Cultura y educación |
| Derechos colectivos de autonomía | Autonomía política, económica, cultural y social |
| | Usos ancestrales |
| | Consulta y participación |
| Derechos colectivos «territoriales» | Tierra y territorio |
| | Administración de recursos naturales y conservación de la biodiversidad |
| | Conocimientos colectivos |

Fuente: GAMBOA 2010.

2.2. DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

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

En tal sentido, desde el derecho internacional podemos observar que la multiplicidad de titulares de los derechos colectivos puede traer cierta confusión al identificarlos. No obstante, la comunidad internacional contemporánea ha venido adoptando instrumentos internacionales sobre la materia y, de forma más importante, esta adoptó, como pilar de un orden jurídico internacional, el

principio de la «autodeterminación de los pueblos» — con un proceso histórico plagado de contradicciones (STAVENHAGEN 1997: 54; RUIZ 1998: 67-68)—, a través de la Carta de las Naciones Unidas y de innumerables resoluciones de organizaciones internacionales.

Actualmente, existen resquemores sobre la interpretación de este principio como fundamento de aspiraciones separatistas por parte de los pueblos indígenas en América Latina. La interacción entre este principio y los pueblos indígenas se encuentra en la legitimación de estos pueblos como sujetos de derecho a escala internacional y nacional. De alguna manera se ha tratado de interpretar que no pueden tener esta subjetividad, pero el peso político de dicha condición de pueblo rebasa los candados puestos por el artículo 1.º del Convenio N.º 169, tan bien comentados y utilizados por algunos sectores de la doctrina que interpretan en contra de una extensión de derechos humanos a tales pueblos.

Desde la doctrina internacional de los derechos humanos, podemos ver que se ha producido un desarrollo normativo, de forma no sistematizada, de derechos colectivos cuya titularidad aún es extensa y confusa (VAN BOVEN 1984). Sin embargo, a raíz de la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos (1993) se establece que los derechos humanos de tercera generación o de titularidad colectiva recaen en la humanidad, en las naciones, en las minorías nacionales o étnicas y en los pueblos indígenas, reconociéndoles su participación en la sociedad y en el Estado.

En esta interacción entre derechos humanos y el principio de autodeterminación de los pueblos, encontramos principios internacionales en un primer grupo de normas relevantes que provienen de los tratados internacionales de derechos humanos que sirven de marco general para interpretar los derechos de los pueblos indígenas.² Todas estas normas reconocen una serie de derechos «especiales» a los pueblos en general, que se deben entender aplicadas a los pueblos indígenas, entre los cuales se encuentra el derecho al aprovechamiento, preferente o exclusivo, según sea el caso, de los recursos naturales.

² Estas normas son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 27.º, derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 25.º, el cual debería extenderse a los pueblos entendidos internacionalmente y no solo a los pueblos indígenas y señala que ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales).

Un segundo grupo de normas relevantes proviene de instrumentos internacionales relacionados con la protección ambiental y conservación de la biodiversidad, que señalan específicamente el derecho al aprovechamiento de recursos naturales de los pueblos indígenas.³ El acuerdo internacional más importante en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el «Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes» N.º 169 de la OIT. Este convenio tiene una serie de disposiciones relacionadas al aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente el artículo 15.º, el cual señala el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales y el que señala el derecho a consulta de estos pueblos antes del otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de recursos.⁴

En dicho sentido, la tendencia en el derecho internacional al reconocimiento de las prácticas o la utilización de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas está íntimamente relacionada con la protección del ambiente, la conservación y el uso sostenible de estos recursos. No es que el uso sostenible sea una condición sine qua non de este derecho de aprovechamiento de los pueblos indígenas, sino que especialmente se reconoce esa práctica de aprovechamiento. En consecuencia, estas disposiciones señalan una serie de principios que implican una «administración» de los recursos naturales, es decir, ciertas facultades especiales sobre los recursos naturales que se encuentran en sus tierras-territorios:

- 1) Participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales.

³ Estos instrumentos internacionales son el Convenio N.º 169 (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989); la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007); el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (1992); y la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992).

⁴ «Artículo 15.º 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

- 2) Ser consultados previamente antes de la autorización o el otorgamiento de un derecho sobre un recurso natural («consulta previa»).
- 3) Ser beneficiados por las utilidades generadas del aprovechamiento de un recurso natural.
- 4) Percibir indemnización por daño que pudiera causarse por la actividad de aprovechamiento del recurso.

Los instrumentos internacionales interamericanos hacen referencia a un reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas con respecto a las tierras, los territorios y los recursos naturales.⁵ En ese sentido, podemos apreciar que se acercan al reconocimiento de la administración de los recursos, lo que implica la necesidad de proteger estos derechos cuando encontramos un nexo social, biológico y cultural entre los recursos naturales y los pueblos indígenas.⁶

Por otro lado, ha existido un esfuerzo en la construcción de un espacio de participación de las organizaciones indígenas en el Sistema Andino de Integración, con diversas mesas de trabajo, de una serie de decisiones comunitarias.⁷ En este ámbito, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) ha impulsado el tema de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.⁸

Es una constante en el derecho internacional de los pueblos indígenas el reconocimiento jurídico político de los Estados con respecto al derecho de «administrar», conservar y usar o aprovechar los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas:

⁵ En el ámbito regional latinoamericano, encontramos un instrumento internacional que señala claramente un reconocimiento al derecho de aprovechamiento de los recursos naturales de los pueblos indígenas; es el «Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de la Poblaciones Indígenas» aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 27 de febrero de 1997, el cual determinó una serie de obligaciones estatales en cuanto a la situación de los pueblos indígenas en los ámbitos local, nacional y mundial (CLAVERO 1997: 184; KREIMER 1997: 221; MACKEY 1999: 110-198).

⁶ De manera parca, el «Tratado de Cooperación Amazónica señala la cooperación entre Estados para preservar las riquezas etnológicas» (artículo XIV); es decir, la relación especial de los pueblos indígenas con los recursos de sus tierras, que no se verá afectada al fomentarse el turismo en la Amazonía (artículo XIII).

⁷ La «Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas» instaurada por la Decisión N.º 524 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 7 de julio de 2002.

⁸ Algunos de estos instrumentos son la Decisión Comunitaria N.º 391 que regula el acceso a los recursos genéticos (1996); la «Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza», adoptada en Lima y Machu Picchu (2001); y la «Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos» (2002).

- 1) Reconocimiento de derecho de propiedad indígena.
- 2) Reconocimiento de derecho de dominio sobre territorios y recursos naturales por «ocupación histórica».
- 3) Reconocimiento de derecho de uso de recursos para subsistencia y actividades tradicionales.
- 4) Derecho a administrar, conservar y usar los recursos que se encuentran en sus tierras.
- 5) Ser consultados previamente antes de la autorización o el otorgamiento de un derecho sobre un recurso natural («consulta previa»).
- 6) Ser beneficiados por las utilidades generadas del aprovechamiento de un recurso.
- 7) Percibir indemnización por daño que pudiera causarse por aprovechamiento del recurso natural.

3. PARÁMETROS DE RECONOCIMIENTO: CONVENIO N.º 169 DE LA OIT Y LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS

Los Estados que han adoptado el Convenio N.º 169 (Perú, Ecuador y Bolivia), reconocen derechos previos a los pueblos indígenas, derechos históricos que podrán reconfigurar a través de la legislación especial pero que no podrán desconocer. La fundamentación de estos derechos frente a una posible colisión con la legislación nacional responde a la primacía formal y de fondo del Convenio N.º 169 de la OIT sobre la legislación nacional.

Esta primacía en cuanto a una fundamentación formal viene ligada a que el Convenio N.º 169 de la OIT prevalece sobre cualquier disposición legal nacional previa o posterior, según la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969. Dicho instrumento señala que un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ratificado (artículo 27.º). Otra fundamentación de la primacía del Convenio N.º 169 sobre la legislación especial nacional está relacionada a que los derechos de los pueblos indígenas son exigencias sociales positivizadas, es decir, vinculantes para el Estado como derechos humanos. Un tercer fundamento es que el Convenio N.º 169 de la OIT, como tratado internacional de

derechos humanos, tiene carácter constitucional. Debe dejarse en claro que la Constitución integra las normas internacionales al derecho nacional dentro del sistema jerárquico de normas, siguiendo la teoría monista de integración constitucional. En el caso de los tratados de derechos humanos, muchos de los países andinos elevan a rango constitucional todos los tratados de derechos humanos vigentes, por lo que un elemento más para su obligatoriedad es su rango constitucional.

Cabe detenerse en los puntos álgidos del Convenio N.º 169. Allí se establece expresamente que el Estado debe reconocer «a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan» (artículo 14.º) y asegurar el aprovechamiento de los recursos ubicados al interior de ellas. Sin embargo, la forma de asegurar queda a potestad del Estado y la mejor manera es otorgándoles a los pueblos originarios derechos de preferencia del uso sobre estos recursos, creando un sistema de protección institucional de sus derechos, concediendo permisos flexibles para la explotación de recursos naturales, etc.

No obstante, después de años de vigencia del Convenio N.º 169 de la OIT en los países andinos, no se han promulgado e implementado normas suficientes que adecuen la legislación nacional a los principios que emanan de este tratado internacional. Se ha producido, por tanto, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio N.º 169:

- 1) Existen muy pocas normas que se inspiran y se puedan considerar normas de desarrollo de los principios del Convenio N.º 169 en el derecho nacional, lo que evidencia el grado de desinterés del Estado por aplicar dicho tratado internacional y reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Perú todavía necesita desarrollar esta normativa en el ámbito constitucional.
- 2) Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el convenio, fundamentales para mejorar la situación de desigualdad en que se encuentran dichos pueblos, o no son regulados por el derecho nacional o recién han comenzado a integrar estos derechos como verdaderos fines normativos.
- 3) No se han formulado, en las políticas públicas, las obligaciones de los Estados para el cumplimiento del convenio, por lo que se hace difícil su

cumplimiento. Aún falta mucho por definir en la coherencia normativa de este proceso de reconocimiento. Perú todavía no ha hecho nada por cambiar a este tipo de políticas de reconocimiento.

- 4) No existe una institución que participe de manera activa de la Organización Internacional del Trabajo (gremio empresarial, representación estatal o sindicato de trabajadores) en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, más bien los esfuerzos han venido por los diversos organismos internacionales de derechos humanos adscritos a Naciones Unidas.
- 5) No existe una institución estatal que vigile el cumplimiento de esta norma ni la voluntad política para implementarla, ya que ello supone más obligaciones estatales y la pérdida del amplio margen de maniobra que los gobiernos de turno no están dispuestos a asumir en la resolución de tensiones entre los derechos de los pueblos indígenas, la promoción de las inversiones en industrias extractivas e infraestructura, y la conservación de la biodiversidad.

En consecuencia, queda claro que, pese a que el Convenio N.º 169 es parte del derecho nacional y debe ser cumplido como cualquier otra disposición constitucional o legal, todavía no está totalmente alojado en los cuerpos constitucionales de los países que lo honran.

Por otro lado, la reciente Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 7 de septiembre de 2007, reconoce el derecho a expresar el libre consentimiento de los pueblos indígenas. Este es un derecho polémico y por ello se mantiene en el debate constitucional y político, puesto que traerá una serie de consecuencias en la relación Estado y pueblos indígenas:

Artículo 19.º.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Podemos señalar que la consulta previa, libre e informada como procedimiento de coordinación estatal e indígena, ahora se ha convertido en la necesidad de buscar el asentimiento o lograr una manifestación de voluntad de los pueblos originarios para que aprueben las actividades estatales:

Artículo 32.º- 1. 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.

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

Finalmente, esta declaración⁹ encierra una serie de derechos territoriales que implica una obligación política para el Perú, como se enumera a continuación:

- 1) Reconocimiento del derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual cultural, lingüístico; social, político, cultural y económico; individual y colectivo.
- 2) Reconocimiento del derecho a participar en el uso, administración y usufructo sostenible de los recursos naturales que se ubican en sus tierras o territorios.
- 3) Derecho a administrar, conservar y usar los recursos que se encuentran en sus tierras.
- 4) Ser consultados previamente antes de la autorización o el otorgamiento de un derecho sobre un recurso natural («consulta previa»).
- 5) Ser consultados en las decisiones que se tomen sobre la explotación de los recursos naturales no renovables que se hallan en sus tierras o territorios.
- 6) Participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten actividades de manejo de recursos naturales en sus tierras y territorios.
- 7) Percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir.
- 8) Ser consultados y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo que les concierna.
- 9) Formular sus propios planes de desarrollo sostenible y gestionar de los Estados los recursos para su financiamiento y la cooperación internacional.

⁹ Esta declaración es un instrumento internacional no vinculante que se convertirá en un paraguas para muchas legislaciones sobre pueblos indígenas. Por ejemplo, cabe señalar que el 7 de noviembre de 2007 se promulgó en Bolivia la «Ley de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas».

4. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EN PERÚ

El proceso de positivación constitucional de los derechos colectivos ha sido lento, a pesar de que en la década de los noventa aumentó la importancia de las políticas públicas de la «diferencia» (CALSAMIGLIA 2000: 89; RUBERT 1999: 63). Tenemos así, como avance de protección de los derechos humanos de tercera generación, especialmente en el campo de los derechos de sujetos colectivos determinados, el de los pueblos indígenas. Esta es una pugna entre la autodeterminación de los pueblos indígenas contra la visión tradicional del Estado etnocrático (SANTOS 2009: 397), que se traduce en un cambio del tratamiento de los pueblos originarios, su relación con el Estado y con el modelo democrático, señalados en muchas constituciones políticas y en leyes especiales. Ello marca un antes y un después en el constitucionalismo liberal y social latinoamericano.

Los puntos de conflicto entre la «dimensión multicultural» de las sociedades andinas y el constitucionalismo liberal de estos países se han manifestado en la noción de Estado nación, el tratamiento de los derechos culturales como derechos individuales, el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho y su posterior adecuación de estos últimos a la sociedad nacional de cada país andino. Esta tensión se ha manifestado, ciertamente, en el proceso constitucional y en las formas atenuadas con que el liberalismo latinoamericano adapta los derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones.

En las siguientes líneas precisaremos, bajo el marco conceptual desarrollado previamente, la plasmación constitucional de ciertos derechos colectivos de los pueblos indígenas, considerando en primer lugar las Constituciones que menos avances tienen en la materia, como es la nuestra. Vale considerar que sería necesario tomar en cuenta el desarrollo constitucional de los últimos veinte años; sin embargo, ya se han producido estudios comparados en dicho tema,¹⁰ por lo que solo abordaremos la situación nacional.

¹⁰ Para un análisis más profundo de derecho colectivo y sus avances en los últimos veinte años, véase ITURRALDE 2008: 57-93.

4.1. MARCO CONSTITUCIONAL MULTICULTURAL Y MONOCULTURAL

El constitucionalismo andino puede estar marcado por Cartas políticas conservadoras y progresistas en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela tienen un lenguaje constitucional mucho más preciso y descriptivo de ciertos derechos colectivos; la Carta de Colombia plantea un reconocimiento de liberalismo moderado que incluye la inserción del reconocimiento de la autonomía indígena en la estructura estatal; muy por el contrario, la Constitución del Perú no le dedica ningún capítulo especial y es muy reacia a considerar algún contenido normativo específico, respondiendo a principios generales, sin institucionalizar la relación del Estado y los pueblos originarios.

Uno de los criterios de avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es la incorporación y perfeccionamiento de los preceptos convencionales del Convenio N.º 169 de la OIT a las Constituciones a través de principios, bienes y derechos colectivos constitucionalizados en un capítulo especial.

Así, entre una serie de matices de tradición liberal conservadora a progresista, vale la pena precisar que estos procesos de reconocimiento de una realidad dada, como es la diversidad cultural y la existencia de los pueblos indígenas, las constituciones andinas han incluido cláusulas constitucionales por las cuales se pueden interpretar y limitar los derechos reconocidos a favor de estos pueblos. En consecuencia, vale detenerse en el marco constitucional por el cual se podrán interpretar y aplicar tales derechos, desde el espíritu de estas constituciones, desde su carácter teleológico, desde su finalidad.

En el caso de Perú, se pasó por un sistema constitucional y legal de «reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas»; es decir, configurar legalmente el proceso de atomización de los pueblos originarios de las zonas andinas y amazónicas. La Constitución del Perú de 1993¹¹ señala al respecto que toda persona tiene derecho «a su identidad étnica y cultural», para agregar después, que «el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural

¹¹ La Constitución de 1993, vigente en la actualidad, producto del Congreso Constituyente Democrático elegido en el primer período de gobierno de Alberto Fujimori, quiso «legitimar» el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 abordando una serie de reformas políticas y normativas centradas en configurar el nuevo rol del Estado en la sociedad y en el mercado (MCFARLAND 2001).

de la Nación» (artículo 2.º, inciso 19). Mientras que se reconoce de manera individual el ejercicio del derecho a la identidad cultural o étnica, por otro lado se señala el carácter de una sola nación peruana con diversidad étnica y cultural. Nos encontramos así en una laguna normativa que no permite entender la materialización del principio del valor jurídico de la diversidad cultural más allá de la libertad individual.

A pesar del vanguardismo del proceso de reforma constitucional a inicios de la primera década del 2000,¹² aún no se han producido cambios constitucionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, manteniéndose la connotación étnica y racial y el reconocimiento de los grados de desigualdad social y discriminación (RUBIO 1999: 392). Sin embargo, las exigencias de los pueblos indígenas están relacionadas con los derechos de grupo (autonomía, jurisdicción, participación política) y la «apropiación» de la Constitución y de la legislación nacional de estos derechos produce, en el caso de la jurisdicción indígena (artículo 149.º), una instrumentalización de los derechos de grupos, reduciéndolos a un carácter policial o de mecanismos para salvaguardar el orden interno y la seguridad nacional. Asimismo, el reconocimiento constitucional de «comunidades campesinas y nativas» (artículo 89.º) no ha logrado más que atomizar e imposibilitar la creación de una identidad cultural integral entre los pueblos indígenas al ser divididos política y socialmente en unidades fragmentarias que se reconocen a sí mismas como sujetos de derecho.

La fase del constitucionalismo multicultural de la década de 1990 se extiende entre la Constitución de Colombia de 1991 y la Carta de Venezuela de 1999. Pese a que la Constitución del Perú se distancia de estas, la ecuatoriana y boliviana eran muestras de dicho constitucionalismo multicultural hasta su acentuación con la reciente reforma. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros en Ecuador, reconocidos constitucionalmente, ya expresan otro lenguaje multicultural. Este país ha adoptado una Constitución progresista en cuanto a protección de los derechos humanos se refiere. Dejó de lado una normativa tuitiva e ineficaz de protección de las comunidades campesinas e indígenas (LARREA 2000: 298), para adoptar disposiciones constitucionales especiales sobre los pueblos indígenas como sujetos de derecho colectivo.

¹² Los retrocesos del proceso de reforma constitucional que vive el Perú, hacen presagiar la imposibilidad de satisfacer el *catálogo de ilusiones* de los derechos de los pueblos indígenas (HARO 2001: 20).

4.2. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Para analizar con profundidad este derecho, debemos apuntar brevemente las disquisiciones y polémicas existentes por parte de la doctrina jurídica (ANDERSON 2006; DE LA PUENTE 2005), sobre el alcance de la consulta de acuerdo con lo señalado en los artículos 6.º, 7.º y 15.º del Convenio N.º 169 de la OIT. En tal sentido, dicho convenio es un instrumento jurídico que debe ser interpretado integralmente, por cuanto una interpretación aislada de cada uno de sus artículos no posibilitaría entender el derecho a la consulta como un derecho ligado a desarrollar un procedimiento que permita a los pueblos indígenas poder manifestar su voluntad sobre una actividad o medida legislativa que los afecte.

Debemos distinguir el derecho a la consulta como una facultad con dos dimensiones: un derecho con un contenido sustancial y un derecho como requisito formal. El derecho con un contenido sustancial se entiende como el respeto a la voluntad de los pueblos indígenas, por ejemplo, cuando deciden si pueden haber o no actividades extractivas en sus territorios. Si aceptan la actividad, es decir, si hay consentimiento, se otorga el derecho a la empresa; si la rechazan, se configura el derecho a veto y el Estado no debe otorgar el derecho, ni permitir la actividad.¹³ Esta última acepción es la más polémica y solo Bolivia la ha reconocido oficialmente.¹⁴ El derecho a la consulta como requisito formal, es la obligación del Estado de establecer un procedimiento claro y preciso en el cual se produzca la manifestación de la voluntad («consentimiento») de los pueblos indígenas, en cuanto a las medidas legislativas o administrativas que atañen su forma de vida y desarrollo y que afecten sus derechos territoriales; se otorguen recursos naturales del subsuelo a terceros; se fijen beneficios o se acuerden indemnizaciones por los posibles perjuicios derivados de la limitación de sus derechos, entre otros.

Un derecho colectivo fundamental para solucionar diversos conflictos sociales y ambientales lo configura el derecho a la consulta previa, libre e informada. Desdichadamente, la Constitución del Perú de 1993 no reconoce este derecho, muy diferente a lo que ocurre con las demás Constituciones.¹⁵

¹³ En el Perú se ha determinado que el derecho al veto no forma parte del derecho a la consulta, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0022-2009-PI, caso Tuanama.

¹⁴ Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas de Bolivia, Decreto Supremo N.º 29033 del 16 de febrero de 2007.

¹⁵ Véase artículo 57.º de la Constitución de Ecuador y artículo 30.I de la Constitución de Bolivia.

Perú no tiene una regulación constitucional explícita con respecto a la relación especial entre los pueblos indígenas y su entorno. Muy por el contrario, la Constitución de 1993, como todas las andinas, señala que los recursos naturales son parte del patrimonio de la nación, sin dejar en ningún momento resquicio en el concepto de soberanía, forma alguna de coordinación entre pueblos indígenas y Estado:

Artículo 66.º Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

4.3. ANÁLISIS COMPARADO ANDINO

Si realizamos una rápida comparación con países que han reformado recientemente su Constitución, como Ecuador (2008) y Bolivia (2009), encontramos que la Constitución del Perú de 1993 todavía guarda cierto conservadurismo en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente relacionado con el manejo de los recursos naturales. Por ejemplo, la soberanía estatal en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de recursos naturales —artículo 66.º de la Constitución del Perú y el artículo 1.º de la Constitución de Ecuador y de Bolivia—, y que se consideren estos recursos como parte del patrimonio de la nación¹⁶ (omitiendo el reconocimiento de un derecho de aprovechamiento preferente de los recursos naturales de los pueblos indígenas) ha permitido que terceros, principalmente empresas, obtengan derechos para aprovechar los recursos naturales ubicados o superpuestos con tierras y territorios indígenas.

En ese sentido, la titularidad del Estado sobre los recursos del subsuelo afecta directamente los derechos de acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en sus tierras, reduciendo además su capacidad de decisión sobre tales recursos, circunstancia que se agrava por el hecho de que estos pueblos no tengan que recibir necesariamente una indemnización justa por el uso de sus tierras.

¹⁶ Donde ejerce dominio público o decide plenamente sobre estos, señalando el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales.

Las principales diferencias en relación con la regulación constitucional de Ecuador y Bolivia con respecto a Perú se relacionan con dos temas centrales, el territorio indígena y la naturaleza de los recursos naturales con respecto a los derechos de los pueblos indígenas:

- 1) Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen derechos territoriales precisos, especialmente la comprensión de un espacio histórico y de control y uso de recursos naturales; sin embargo, no renuncian a la soberanía de los recursos naturales no renovables, así como la adecuación del concepto de territorio indígena a la soberanía estatal. La Constitución del Perú no reconoce el «derecho a un territorio ancestral» de los pueblos indígenas, sino más bien un derecho a la propiedad de la tierra de manera comunal, sin considerar áreas donde estos pueblos ejercen derechos de identidad cultural o uso de recursos naturales de manera temporal. Por ejemplo, el derecho de propiedad se limita a áreas donde tienen sus viviendas o realizan actividades agrícolas y no considera otros espacios o zonas donde se realizan actividades no permanentes, ni áreas donde se usan recursos naturales de forma discontinua, u otras zonas donde no se mantiene una posesión constante como son, por ejemplo, las áreas que se utilizan para actividades ancestrales o religiosas.
- 2) La Constitución del Perú no reconoce la vinculación especial existente entre estos pueblos, la tierra que habitan y los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, al no incluirse en la Constitución ningún artículo que reconozca un derecho preferencial sobre los recursos que se encuentran dentro de sus tierras-territorios, contrariamente a lo que sucede con las Constituciones de Bolivia (2009), Ecuador (1998), y con el Convenio N.º 169 de la OIT. Lo cierto es que, si bien se produce un tratamiento especial en estas dos últimas Constituciones, es decir, la separación de recursos naturales renovables (uso exclusivo de los recursos) y no renovables (realización de la consulta previa para permitir el aprovechamiento del recurso), la finalidad es compartir facultades de control y participación indígena en los procesos de decisión, evaluación, beneficios y monitoreo de la actividad de aprovechamiento de los recursos naturales.

- 3) Las Constituciones de Ecuador y Bolivia han avanzado en el proceso de protección de los pueblos indígenas aislados con la constitucionalización del principio de intangibilidad de sus territorios, el cual prohíbe la realización de actividades económicas, culturales y poblacionales en territorios donde habitan estos pueblos. En el caso de la Constitución del Perú, la doctrina y el discurso político, muy por el contrario, no han desarrollado ningún avance en la materia.

Por otro lado, después de veinte años de adoptado el Convenio N.º 169 no se han promulgado normas suficientes que adecuen la legislación nacional de los países andinos a los principios que emanan de este tratado internacional. Se han producido, entonces, inconsistencias e incoherencias entre la legislación nacional y el Convenio N.º 169 que se han tratado de resolver por parte de Ecuador y Bolivia a través de la incorporación al texto constitucional de un catálogo de derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, Ecuador y Bolivia han avanzado en la consideración de los derechos de los pueblos indígenas en la regulación de los recursos naturales como bienes que mantienen una relación con estos pueblos, mientras que Perú no lo ha considerado aún en su texto constitucional (véase tabla 2).

TABLA 2
Reconocimiento constitucional de los derechos territoriales

| Constitución y derechos sobre pueblos indígenas | Constitución de Bolivia (2009) | Constitución de Ecuador (2008) | Constitución del Perú (1993) |
|---|--------------------------------------|--|------------------------------|
| Marco constitucional | Artículos 1.º y 3.º | Artículo 1.º | Artículo 2.º, inciso 19 |
| Derechos a la consulta y participación | Artículos 30.º, 15.º y 16.º | Artículo 57.º, 7º y 17º | No reconocido |
| Derecho a la tierra y a un territorio propio | Artículos 4.º, 6.º y 30.º | Artículo 57.º incisos 4-5, artículo 60.º | Artículo 89.º |
| Derecho a administrar recursos naturales | Artículos 30.º II, 15.º, 16.º y 17.º | Artículo 57.º incisos 6-8 | No reconocido |

Fuente: GAMBOA 2010.

5. ANTECEDENTES A LA LEY DE CONSULTA

En el Perú, se discutió en el ámbito del Congreso dos propuestas antagónicas para regular legalmente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, derecho reconocido por el Perú desde 1995, año que entró en vigencia el Convenio N.º 169 de la OIT. Por ello, consideramos importante analizar el origen de estas dos propuestas legales, los contenidos normativos mínimos que aseguren este derecho, en especial su aplicación coherente y garantista y finalmente, hacer un breve análisis comparado que permita una mejor comprensión de la novísima ley de consulta previa.

5.1. ASEGURANDO LAS INVERSIONES Y EL CONFLICTO DE BAGUA

El 5 de junio del año 2009 se produjo el lamentable conflicto de Bagua. Este dejó un saldo de 33 personas muertas y 200 heridas, debido al enfrentamiento entre la Policía Nacional y los protestantes indígenas y no indígenas de la localidad de Bagua (en el oriente del Perú), que habían tomado parte de la carretera Fernando Belaunde y las instalaciones del oleoducto Norperuano. Dicha protesta era parte de una protesta nacional liderada por las organizaciones indígenas, quienes demandaban al gobierno peruano derogar varios decretos legislativos (1062, 1064, 1069), aprobados para implementar el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, por temor a que estos decretos vulneren el derecho a sus tierras comunales.

Algunas partes y normas de estos decretos legislativos regulaban la promoción de las inversiones en Perú (comerciales, corporativos), pues la idea era implementar este TLC. Asimismo, algunos de estos decretos legislativos regulaban también el aprovechamiento de los recursos naturales (recursos hídricos, forestales, etc., en la Amazonía peruana) pero vulneraban los derechos a la participación y negaban el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, de acuerdo con el Convenio N.º 169 de la OIT. Además, para asegurar las inversiones, dichos decretos legislativos regulaban la propiedad comunal de las comunidades nativas a través de la venta de la tierra comunal y la promoción de la propiedad privada en la Amazonía peruana. Esto podría llevar, finalmente, a la desaparición de los pueblos indígenas como culturas, más aún teniendo en cuenta la fuerte y especial relación entre estos pueblos y sus tierras como su espacio vital.

Después del conflicto de Bagua, el gobierno peruano creó un Grupo nacional de diálogo entre las organizaciones indígenas amazónicas (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana-AIDSESP y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú-CONAP) y diversas instituciones públicas, que tenía como fin encontrar un consenso sobre estos decretos. Para ello se formaron cuatro mesas de trabajo con el fin de analizar la constitucionalización del nuevo marco legislativo naciente de la implementación del TLC con Estados Unidos; la elaboración de una política nacional a favor de los derechos de los pueblos indígenas; la investigación de lo sucedido en el conflicto de Bagua a través de la conformación de una Comisión de la Verdad; y la elaboración de una propuesta legal que regule el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.

El Grupo nacional finalizó sus actividades en diciembre de 2009, pero desafortunadamente las organizaciones indígenas no reconocieron como válida la forma como se presentaron los productos, especialmente el Informe de la Comisión de la Verdad sobre lo sucedido en Bagua. Asimismo, el gobierno peruano intentó utilizar la persecución judicial para desaparecer a la organización indígena y detener a sus líderes. Sin embargo, se lograron acuerdos mínimos entre el gobierno peruano (Poder Ejecutivo) y las organizaciones indígenas en la Mesa de la consulta previa. Uno de ellos fue la posibilidad de complementar, integrar y ratificar la propuesta de ley que había presentado la Defensoría del Pueblo el año 2009 ante el Congreso. Lamentablemente, como veremos más adelante, el gobierno peruano no ha respetado este acuerdo, lo que aumenta la posibilidad de que se produzcan más conflictos socioambientales en un futuro.

5.2. PROPUESTAS LEGALES DE CONSULTA PREVIA

En el caso peruano, es claro que no se han producido procesos de consulta para los proyectos de las industrias extractivas (minería e hidrocarburos), de generación de electricidad, entre otros. Un tema interesante sobre la consulta es el caso del proceso de creación de áreas naturales protegidas, donde su legislación contempla el proceso de consulta y donde se han producido experiencias positivas sobre el tema. Sin embargo, existen otras experiencias que nos obligan a realizar un balance en esa legislación.

TABLA 3
Comparación entre la legislación de hidrocarburos y autógrafa de la ley de consulta

| Marco normativo | Reglamento de participación ciudadana en actividades de hidrocarburos (D.S.N.º 012-2008-EM) | Autógrafa de ley de consulta |
|-----------------|---|---|
| Finalidad | Llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios (artículo III). | Alcanzar el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas (artículo 3.º). |
| Etapas | Negociación: Difusión de información. Al inicio de la negociación, antes del envío del proyecto de contrato al Ministerio de Energía y Minas, luego de la suscripción del contrato para la exploración/explotación. | Identificación del sujeto a consultar. Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados. Publicidad del objeto a consultar. |
| | Relacionados a los estudios de impacto ambiental: talleres informativos y audiencias (obligatorios). | Proceso de información. Evaluación interna en las organizaciones indígenas de los pueblos indígenas. Proceso de diálogo. Decisión. |

Fuente: SEVILLANO 2010.

El cuadro anterior nos grafica claramente la falta de oportunidad que existe para llevar a cabo la consulta previa, libre e informada como derecho de los pueblos indígenas, la cual debe realizarse antes de cualquier decisión administrativa o legislativa, así como con anterioridad a cualquier actividad económica que pueda afectarlos. En el caso peruano, tanto las concesiones hidrocarburíferas para los pueblos amazónicos, las concesiones mineras para los pueblos andinos y algunos costeros, las obras de infraestructura, y, última-mente, los posibles proyectos hidroeléctricos en la Amazonía, son proyectos o derechos otorgados que no han contado con un proceso de consulta previa a la población impactada.

Frente a la falta de un reconocimiento formal e implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas con respecto a las industrias extractivas y a las medidas legislativas o administrativas en general, una buena forma de solucionar estos conflictos socioambientales, sobre todo después del conflicto de Bagua, sería crear un marco legal sobre el derecho de consulta. Por ello, como hemos mencionado líneas arriba, se han presentado propuestas de leyes sobre el derecho de consulta después del conflicto de Bagua en 2009. Estas son:

- 1) Propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre derecho a la consulta, presentada luego de los acontecimientos de Bagua (junio de 2009).
- 2) La Mesa 3 de Consulta del Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía presentó una propuesta consensuada entre organizaciones indígenas amazónicas y el Poder Ejecutivo.
- 3) Propuesta de las organizaciones indígenas amazónicas y andinas que enriqueció la propuesta de la Mesa 3.

Estas propuestas e ideas de la Mesa 3 se mejoraron con la propuesta y posterior Dictamen del Proyecto de Ley discutido y aprobado por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República (CPAAAAE). Sin embargo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó otro dictamen de ley que contradecía el primero. Pese a ello, el 18 de mayo de 2010, se sometió a debate y votación en el pleno del Congreso, siendo aprobada la autógrafa de la Ley de Consulta con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones.

El Congreso de la República remitió la autógrafa de la Ley de Consulta al Presidente de la República para que la promulgue y entre en vigencia. Sin embargo, el Poder Ejecutivo observó el texto de la ley —a recomendación de los gremios empresariales, y canalizado por el Ministerio de Energía y Minas—, enviando sus propuestas de cambios —propuesta «restrictiva de derecho»— al Congreso de la República.¹⁷ Estos cambios fueron remitidos a la Comisión de Constitución, que emitió un dictamen de allanamiento a los cambios del Poder Ejecutivo. Actualmente, este dictamen que recoge la propuesta del Poder Ejecutivo y la propuesta original y aprobada por el Congreso (propuesta «garantista de derecho») están en la agenda del pleno del Congreso para ser discutida en los próximos meses.

Ante este cambio, vale la pena mencionar un hito de tensión, el cual debe ser respondido desde la incidencia legal. En tal sentido, sorprende la posición del Tribunal Constitucional, el cual ha cambiado de una posición garantista de derechos que mantuvo hace algunos años (Sentencia del TC Exp. N.º

17 Oficio N.º 142-2010-DP/SCM de 21 de junio de 2010, del Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros hacia el Presidente del Congreso de la República, presentándole observaciones a la autógrafa de ley.

03343-2007-AA),¹⁸ hacia una posición conservadora y defensora del principio de seguridad jurídica (Sentencia del TC. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC)¹⁹ de las inversiones de actividades económicas. Ello se ve reflejado cuando comparamos las dos sentencias en las que el Tribunal se pronuncia sobre el derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, donde encontramos un cambio de su posición con respecto a este derecho, debilitando la garantía judicial que podría tener ese derecho por una vía impugnatoria.²⁰

Finalmente, muchos expertos e instituciones se han pronunciado sobre las observaciones a la autógrafa de la Ley de Consulta por parte del Poder Ejecutivo. En la siguiente tabla podemos ver los problemas que traen estas ocho observaciones y modificaciones planteadas por el Poder Ejecutivo para el futuro marco legal de consulta, propuestas que nuevamente rompen un compromiso político presentado en el trabajo del Grupo de diálogo de 2009 y que va en contra de los estándares mínimos del Convenio N.º 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

TABLA 4
Diferencias normativas y posibles efectos negativos de las observaciones

| Autógrafa de Ley de Consulta | Observaciones del Ejecutivo | Efecto posible |
|---|--|---|
| No reconoce el derecho de veto, garantiza procedimiento de consulta con la finalidad de asegurar la manifestación de voluntad de los pueblos en medidas legales o administrativas (artículo 3.º de la autógrafa). | Soberanía del Estado: <i>lus Imperium</i> ante la falta de acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas. | El posible efecto es señalar expresamente la facultad del Estado para asegurar, ante el fracaso de un diálogo Estado-pueblos, la continuidad de la medida pretendida. |

¹⁸ Véase <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>>.

¹⁹ Véase <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>>.

²⁰ Peor aún, la aclaratoria de la Sentencia del TC N.º 6316-2008-PA de noviembre de 2010, señaló que el proceso de consulta previa puede ser realizado por las empresas; además, su vigencia o requisito de obligatoriedad para otorgar derechos sobre recursos naturales a terceros, se daría desde agosto de 2010, es decir, desde la publicación de la STC N.º 0023-2009-PI/TC (CARHUATOCTO 2011).

| Autógrafo de Ley de Consulta | Observaciones del Ejecutivo | Efecto posible |
|---|--|--|
| Al no lograrse el acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, no se señala más que el Estado debe garantizar los derechos de los pueblos indígenas, suponiéndolo en el proceso de implementación de la decisión estatal. (artículo 15.º). | Privilegio del interés de todos los ciudadanos sobre el interés de los indígenas. Ponderación: garantizar que las comunidades nativas participen en los beneficios o «perciban indemnizaciones equitativas por los daños que puedan sufrir». | En el proceso de negociación entre Estado y pueblos indígenas, se incluye un criterio para que el Estado al momento de negociar con estos pueblos, privilegie la visión de desarrollo o el interés de la mayoría, vulnerando la regla de contrapeso democrático y ciudadanía diferenciada. |
| Incluye los procesos de consulta a medidas legislativas y administrativas, así como a planes, programas y proyectos de alcance regional (artículo 6.º) | Inaplicación de la consulta respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional. | Reducir la aplicación de los procesos de consulta a proyectos a realizarse en tierras de las comunidades. |
| Se inserta la obligación estatal de realizar la consulta, «bajo la responsabilidad» del funcionario público que no la cumpla (artículo 9.º). | Impacto de riesgo de retrasar o detener el desarrollo del país sobre la consulta de medidas administrativas y legislativas por posible «burocratización». | Eliminar cualquier garantía de obligatoriedad que deba tener el funcionario al fundar su decisión en no desarrollar procesos de consulta. Innecesario. |
| Ante la negativa de realizar el proceso de consulta por parte del Estado, se plantea procedimiento de impugnación de la decisión vía administrativa y judicial (artículo 9.º). | Eliminación de la impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo respecto de la participación de determinados pueblos indígenas. | Eliminación de la posibilidad de procedimiento de impugnación de la decisión de rechazar la solicitud de consulta vía administrativa y judicial con la intención de no demorar los procedimientos administrativos de otorgamiento de derechos y evaluación ambiental. |
| La autógrafo extiende la definición de pueblos indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña (artículo 7.º). | Reducir la definición de pueblos indígenas solo a los amazónicos. | La idea es impedir que proyectos públicos (agrícolas, de infraestructura) o inversiones privadas (minería en la zona andina) tengan como requisito la consulta previa. |
| Se señala que «los pueblos indígenas u originarios» se expresan y participan a través de sus instituciones y organizaciones representativas «elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales» (artículo 6.º). | Limitar la legitimidad de las organizaciones representativas de las comunidades campesinas o nativas en su participación de los procesos de consulta. | Limitar la participación de los líderes indígenas y organizaciones de ámbito nacional, regional o federal en los procesos de consulta, que solo involucraría a los directamente afectados. |
| Señala que el acuerdo entre el Estados y los pueblos indígenas, se encuentra en el proceso de consulta (artículo 15.º). | Exigibilidad administrativa y judicial del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas expresado formalmente en un acta. | Precisión para evitar que los acuerdos orales o compromisos informales tengan efecto vinculante. |

Fuente: CHIRIF 2010; CORONADO et al. 2010; RED MUQUI 2010.

6. LEY DE CONSULTA

6.1. ASPECTOS CONCEPTUALES MEDULARES

Después de relatar la situación del nuevo marco legal de consulta previa, consideramos importante señalar los contenidos mínimos de este derecho y las resistencias formales y políticas que tienen ciertos actores económicos para reconocer su contenido.

El derecho de consulta tiene ciertos elementos mínimos, uno de ellos es la **fundamentación**. El derecho a la consulta se fundamenta en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a establecer sus propias prioridades de desarrollo (principio de autodeterminación). Esta característica representa la diferencia sustancial con los mecanismos de participación ciudadana en general, tema que mantiene una serie de discusiones desde la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos.

En cuanto a la **definición de la consulta**, el derecho a la consulta previa se desprende del derecho a la participación de los pueblos indígenas y se materializa en el hecho de que la adopción de las medidas legislativas, administrativas y proyectos de desarrollo sean antecedidos de un proceso de diálogo inclusivo, cuya finalidad sea el acuerdo o consentimiento con dichos pueblos.

Un tema medular es **quién desarrolla el proceso de consulta** y si es un proceso tripartito: Estado-Pueblos Indígenas-Empresas u otros. El derecho a la consulta supone una obligación estatal que no puede ser delegada a actores no estatales, como las empresas privadas. Asimismo, debemos tener en cuenta que la consulta es un proceso de distintas etapas (programático). En un primer momento, desde el otorgamiento de las concesiones, no se requiere que la empresa participe. Por otro lado, en momentos posteriores, se va a requerir información de las empresas para evaluar los proyectos y para que los pueblos indígenas puedan tomar decisiones.

En cuanto al **proceso de consulta**, el derecho a la consulta previa no pretende ser un mecanismo de información ni un procedimiento meramente formal, sino que es un proceso de diálogo permanente, realizado de buena fe, y de modo apropiado a las circunstancias entre el Estado y los pueblos indígenas. Mediante él se busca conocer los reales intereses de los consultados

para así incorporarlos como parte de las políticas públicas y de las medidas legislativas y administrativas.

En cuanto a los **proyectos de desarrollo** (industrias extractivas), estos se consultan por la afectación que puedan llegar a ocasionar sobre la vida y sobrevivencia de los pueblos indígenas, y porque, eventualmente, pueden poner en riesgo la integridad física y cultural de dichos pueblos.

El **objetivo de la consulta** es conseguir el acuerdo o consentimiento, resultado que es de cumplimiento obligatorio para ambas partes. Asimismo, con relación al consentimiento, se considera que el proceso de consulta tiene como fundamento que los Estados hagan los esfuerzos para lograr esta aprobación, siendo necesario obtenerla como única posibilidad para el desarrollo de actividades militares, depósito de residuos peligrosos y proyectos de desarrollo que afecten la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas.

Finalmente, queremos resaltar que un estándar social para las inversiones económicas a escala global es respetar el derecho a la consulta. Así, tanto los países como la banca multilateral aceptan la necesidad de desarrollar procesos de consulta para obtener una visión de desarrollo consensuada con los pueblos indígenas y especialmente para obtener la legitimidad social. Si bien en el ámbito constitucional y legal, países como Bolivia y Ecuador parecen respetuosos de este derecho, lo cierto es que los países andinos como el Perú tienen una deuda histórica, social, política, económica y legal si no reconocen, finalmente, este derecho formal que sustenta la identidad cultural de los pueblos indígenas y la diversidad cultural de nuestro país.

6.2. LEY DE CONSULTA

En los últimos meses, se ha producido un gran debate y expectativa por la promulgación y ahora reglamentación de la Ley N.º 28785, Ley del «Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT», publicada el 7 de septiembre. Esta normativa tendrá como corolario y vigencia su reglamentación e implementación a través del Viceministerio de Interculturalidad y el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), con un fortalecimiento de capacidades humanas,

financieras y logísticas para hacer viable la implementación de este derecho antes que una medida legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas directamente.

Los principales retos serán la definición de los sujetos jurídicos a quienes consultar y la materia a consultar. Si bien ya la legislación nacional define a los pueblos indígenas como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, este derecho no podrá ser usado de mala fe. Asimismo, si bien la ley de consulta no es perfecta y deja a potestad de la autoridad sectorial la identificación de la medida administrativa que pueda afectarlos, será importante definir en su reglamentación la fórmula de identificación con participación de las organizaciones indígenas nacionales, así como del Ministerio de Cultura e INDEPA.

No obstante ello, un importante avance es la reglamentación de la consulta en materia minero-energética que promulgó el Ministerio de Energía y Minas en mayo pasado.²¹ Esta norma será derogada cuando la ley de consulta entre en vigencia y se promulgue su reglamentación. Pese a esta contradicción, dichas normas nos pueden dar luces en la aplicación del proceso de consulta para medidas legales y administrativas que afecten a estos pueblos.

TABLA 5
Regulación de la consulta en el marco legal actual

| Aspectos esenciales de la consulta | Definición legal | Posibles problemas de aplicación |
|------------------------------------|--|---|
| ¿A quiénes se consulta? | Se mencionan los criterios del artículo 1.º del Convenio N.º 169 de la OIT y a las comunidades campesinas y nativas. | Identificación territorial de las comunidades nativas o campesinas más que por la afectación de sus derechos. La representatividad o acreditación puede convertirse en un filtro de consulta. |
| ¿Quién los consulta? | Cada sector promueve la consulta o a solicitud de los pueblos indígenas. | Cada sector podría tener una capacidad discrecional de aplicar el derecho de consulta, lo que si no está claramente estipulado, podría generar conflictos. |

²¹ Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas (Decreto Supremo N.º 023-2011-EM). Esto sucedió así porque la Sentencia N.º 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional, de 30 de junio de 2010, ordenó al MINEM que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6.º y el numeral 2 del artículo 15.º del Convenio N.º 169 de la OIT.

...

| Aspectos esenciales de la consulta | Definición legal | Posibles problemas de aplicación |
|------------------------------------|--|--|
| ¿Qué se les consulta? | Medidas legislativas y administrativas que les afecten, según cada sector. Apelable ante el Ministerio de Cultura. Y se consultan planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional. | Sector califica normas o actos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. El reglamento contemplaba por primera vez que debía realizarse la consulta antes del otorgamiento del derecho, es decir, con anterioridad a la concesión temporal. |
| ¿Cómo se les consulta? | Se establecen principios orientadores procedimentales. | El reglamento aún vigente señalaba un procedimiento de dos rondas de consulta de cuatro meses. |
| ¿Cuál es el efecto del acuerdo? | El acuerdo entre pueblos indígenas es un acto administrativo y obligatorio para ambas partes. | Este reconocimiento del acuerdo entre los pueblos y el Estado es el más importante señalado por la ley. |

Fuente: GAMBOA 2011.

Asimismo, un elemento importante en este proceso será reglamentar el procedimiento de la consulta para tres situaciones: procesos de consulta antes de aprobarse una medida legislativa de ámbito local, regional y nacional; procedimientos antes de una medida administrativa; y en el caso de proyectos de inversión económica, debemos señalar que idealmente deben desarrollarse procedimientos de consulta antes del otorgamiento de un derecho (por ejemplo, la concesión).

TABLA 6
Regulación del procedimiento de la consulta

| Principios orientadores del procedimiento | Implementación del procedimiento |
|---|---|
| Condición sine qua non y previa para el desarrollo del procedimiento de consulta. | Registro de pueblos indígenas elaborado por el Ministerio de Cultura, Viceministerio de Interculturalidad. |
| Primera etapa de preparación del proceso de consulta. | Identificación de la medida legislativa o administrativa. |
| | Identificación de los pueblos indígenas u originarios. |
| | Publicidad de la medida legislativa o administrativa (apropiada culturalmente). |
| | Información sobre la medida legislativa o administrativa (motivos, implicancias, impactos y consecuencias). |

...

| Principios orientadores del procedimiento | Implementación del procedimiento |
|---|--|
| Segunda etapa de evaluación interna y definición de la autodeterminación. | Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente (plazo razonable). |
| Tercera etapa de diálogo. | Proceso de diálogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas u originarios. |
| Etapas final de la toma de decisión (acuerdo o no acuerdo). | Decisión (tomando en cuenta la posible afectación de derechos en caso de que no exista acuerdo con los pueblos indígenas). |

Fuente: GAMBOA 2011.

Un importante aporte de la ley que permitirá la implementación de la consulta a los pueblos indígenas e identificar rápidamente la viabilidad de diversos proyectos hidroeléctricos es la consulta en la etapa de planificación de las decisiones políticas a través de planes y programas sectoriales. Ello mejorará la toma de decisiones, así como generará un modelo de desarrollo integrado y un posible balance integral de beneficios y costos en todos los sectores.

7. CONCLUSIONES

La Constitución peruana de 1993 utiliza fórmulas que restringen los derechos colectivos de los pueblos indígenas a derechos de ejercicio individual. Los derechos de grupo quedan reducidos o menoscabados por la tendencia monoconstitucional que se aprecia en el constitucionalismo nacional. Se sustentan y se adaptan a la filosofía política liberal moderada o a un «multiculturalismo liberal».

Como hemos podido apreciar, existe una tensión normativa entre las finalidades que guarda la Constitución del Perú en el proceso de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el espacio constitucional y el propio reconocimiento y ejercicio de sus derechos colectivos, entre la idea de nación o bien común y los derechos de uno o más pueblos indígenas, entre el espacio institucional estatal y espacios no formales, entre políticas sectoriales como la energética y las políticas a favor de pueblos indígenas, etc. Ello se expresa también en los discursos de «desarrollo» y respeto de derechos, mostrándonos una solución aparente de sintetizar los valores de ambos discursos y gestar una norma que responda a la realidad. Para eso, al evaluar el constitucionalismo peruano, es pues necesario detenernos en algunas instituciones y derechos

colectivos que nos permitan obtener el carácter emblemático de los avances o retrocesos del proceso de positivación constitucional de tales derechos.

Lo más resaltante de la estructura constitucional analizada de Perú es que la tendencia hacia un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se ve ensombrecida por las distintas fórmulas constitucionales nacionales que esconden una intención de monoculturalizar, mediante los derechos fundamentales u otras fórmulas utilizadas en la jurisprudencia constitucional, a los pueblos indígenas que no pertenecen a la sociedad mayoritaria (véase tabla 7).

TABLA 7
Cláusulas normativas monoculturales de las Constituciones andinas

| Idea de la nación constitucional | Reconocimiento de la diversidad cultural de las «naciones andinas» | | Cláusula de concordancia constitucional |
|----------------------------------|--|---------------|---|
| Nación | Pluriétnico | Pluricultural | Derechos fundamentales (artículo 149.º) y ley (artículo 89.º) |

Fuente: GAMBOA 2010.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son parte esencial de su «constitución» como entidad colectiva, como comunidad, y los límites que se le imponen desde decisiones externas, hacen necesario un mejor sistema de reconocimiento de protecciones externas (nuevos derechos colectivos). Los límites solo podrían establecerse si los pueblos indígenas lo deciden, si el Estado liberal andino toma la forma de un Estado pluricultural y si decide establecer políticas públicas que generen la complementariedad de los derechos individuales a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, y fomenten en los pueblos indígenas una toma de conciencia colectiva y una organicidad política, cuestión esencial para ejercer la titularidad de sus derechos comunitarios.²² En ese sentido, aún Perú está atrasado en el reconocimiento de este tipo de derechos a través de un catálogo especial de derechos colectivos configurados en función del carácter territorial de los mismos.

²² Ya Ecuador y Bolivia han aceptado ser un Estado multinacional en el cual se deben establecer mecanismos de coordinación entre Estado y los pueblos originarios —apreciar el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional—; o integración a espacios de poder local y autónomos. Todo ello parece ser una salida viable para la construcción de espacios de gestión territorial que permitan a dichos pueblos el ejercicio de sus derechos.

Así, la regulación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú se realiza de manera poco orgánica y garantista, al contrario de los otros países, porque:

- 1) En otros países se reconoce, en el ámbito constitucional, la categoría de sujeto colectivo de derecho a los «pueblos indígenas», en función de la recreación de la memoria histórica de estos pueblos en un espacio por ellos definido, con un poder público de sus territorios. Perú no reconoce de dicha manera a los pueblos indígenas.
- 2) Aún es incipiente el reconocimiento del «derecho a un territorio ancestral» de los pueblos indígenas (circunscripciones territoriales o tierras comunitarias de origen). No se da preferencia ni derecho excluyente de acceso a los recursos naturales a estos pueblos originarios. En el caso del Perú, tampoco se aplica el derecho a la administración de los recursos naturales de los pueblos indígenas como una facultad de decisión y participación en la gestión de los recursos naturales del suelo y subsuelo, reduciéndolo en la práctica al uso de recursos naturales con la finalidad de subsistencia o de carácter religioso.
- 3) Reconocimiento de la vinculación especial existente entre estos pueblos, la tierra que habitan y los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, al incluirse en la Constitución artículos que reconozcan un derecho sobre los recursos que se encuentran dentro de sus tierras-territorios, contrariamente a lo que sucede en la Constitución del Perú.
- 4) Necesidad de instrumentalizar como procedimiento especial el derecho de consulta previa, libre e informada para que los pueblos indígenas den su consentimiento a los actos legislativos o administrativos que los afecten, a actividades extractivas (recursos naturales no renovables) dentro de sus tierras-territorios, más allá de las audiencias de presentación de estudios de impacto ambiental o talleres informativos en los cuales se ejerza el derecho de participación, camino que está recorriendo la legislación peruana.
- 5) En el caso de Perú, falta una institucionalidad estatal que tutele el derecho a la consulta dentro del proceso de otorgamiento de derecho a terceros, especialmente en la realización de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales. Existe una debilidad institucional

por la falta de claridad de competencias del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) y el novísimo Ministerio de Cultura con su Viceministerio de Interculturalidad.

- 6) En el caso del Perú, no existen mecanismos de prevención, protección ni de sanción para ingresos no autorizados por el Estado en tierras-territorios de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, vulnerando sus derechos a la vida, salud, etc.

La consideración de los recursos naturales como patrimonio de la nación en las Constituciones de Perú, Ecuador y Bolivia no hace más que ratificar la visión de las élites de estos países al considerar una visión monocultural de nación, así como la falta de integración de dicha facultad soberana estatal, con los derechos especiales de los pueblos indígenas. El propio derecho protege la relación especial entre diversidad biológica y los pueblos indígenas. Otra contradicción en el derecho constitucional comparado es que, si bien es cierto se debe considerar un avance la implementación del derecho a la consulta cuando se discuta sobre los recursos naturales no renovables, no se considera más que las protecciones ordinarias del Convenio N.º 169, sin señalar el vínculo entre subsuelo y suelo como recursos naturales que se afectan permanentemente.

Finalmente, la tercera contradicción entre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la soberanía estatal sobre los recursos naturales es la imposición de las cláusulas constitucionales, las cuales fijan la interpretación o definición de estos derechos según la propia Constitución o la ley, norma que puede elaborarse sin una perspectiva multicultural.

En el caso de la Constitución del Perú, el vacío constitucional de regulación de los derechos de los pueblos indígenas, en general, y en especial sobre la relación de los pueblos indígenas y recursos naturales, produce efectos adversos en contra de estos pueblos. Tales contenidos constitucionales afectaron y afectarán directamente a los pueblos indígenas. En el caso del Perú, la Constitución de 1993 da un tratamiento muy ineficaz a los derechos de dichos pueblos al permitir la aparición de toda una serie de deficiencias en cuanto a la tutela jurídica de sus derechos por la ambigüedad, imprecisión y debilidad de la formulación de estos en el ámbito constitucional. Eso ha posibilitado un desarrollo

legal posterior mucho más permisivo aun que el constitucional, que reducirá en la práctica el alcance de estos derechos constitucionales.

La causa de la falta de integración normativa o el carácter laxo de las normas constitucionales que regulan los derechos de los pueblos indígenas y la soberanía sobre los recursos naturales, es la ausencia de una adecuación de la legislación nacional al Convenio N.º 169 de la OIT y su integración con la legislación constitucional en materia de recursos naturales. En el caso peruano, la «falta de observancia» o «no aplicación» de este convenio produce una sustracción del contenido del derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales definido por la legislación internacional. Ello trae como consecuencia la falta de realización, por ejemplo, de la consulta previa libre e informada; o la falta de gestión autónoma o coordinada de dichos recursos (conservación, administración y uso de recursos) por parte de los pueblos indígenas (véase tabla 8).

TABLA 8
Contradicción constitucional entre poder del Estado y
derecho de los pueblos indígenas sobre recursos naturales

| Institución jurídica | Derecho de los pueblos indígenas sobre recursos naturales | Cláusulas constitucionales o legal |
|-----------------------------------|---|--|
| Patrimonio de la nación. | Silencio constitucional, no se reconoce el derecho a la consulta o manejo sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas. | Sin adecuación al Convenio N.º 169 de la OIT. |
| Manejo de los recursos naturales. | Silencio constitucional, la legislación nacional menciona el derecho de primacía de recursos naturales renovables siempre que no existan derechos previos opuestos de terceros. Se ha ampliado garantías de exclusividad de recursos con la Ley Forestal. | Primacía de la oponibilidad de derecho de terceros (inversionistas). |
| Derecho a la consulta previa. | Silencio constitucional, reciente Ley N.º 28785 sobre Consulta que regula un procedimiento previo ante una decisión administrativa, legal u otorgamiento de un derecho a tercero que afecte o vulnere el derecho de estos pueblos. | Cláusula legal de irretroactividad de realizar consultas cuando se otorgaron previamente derechos a terceros y decisiones. |

Fuente: GAMBOA 2010.

El derecho a la consulta previa, libre e informada para los pueblos indígenas era una demanda histórica de estos pueblos, tanto en el Perú como en la

Región Andina, al igual que una exigencia constitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y la propia vigencia del Convenio N.º 169 de la OIT, desde el 2 de febrero de 1995. Este es un paso hacia la construcción de una nueva forma de democracia en el Perú: la democracia participativa.

La nueva Ley N.º 28785 ha sido saludada por representantes extranjeros, el Relator de Naciones Unidas, la sociedad civil, el sector privado, etc., hasta la votación de aprobación por el Congreso ha implicado un consenso nacional, muy alejado a las ideas que veían a esta institución jurídica como un retroceso y un serio cuestionamiento al modelo de desarrollo amparado en la Constitución de 1993. Sin embargo, el plus de este reconocimiento es que se constituye en un paso importante para la construcción de nuevas reglas de juego en las inversiones y también en las relaciones entre el poder político, los actores económicos y la ciudadanía, es decir, en el ámbito constitucional.

Este importante reconocimiento al derecho a la consulta tendrá como corolario su reglamentación e implementación a través de una institucionalidad pública fortalecida, un Viceministerio de Interculturalidad e INDEPA que tengan recursos humanos, financieros y logísticos para hacer viable la implementación de este derecho antes que una medida legislativa o administrativa pueda afectarlos directamente.

Los principales retos serán la definición de los sujetos jurídicos a quienes consultar y la materia a consultar. Si bien ya la legislación nacional define a los pueblos indígenas como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, este derecho no podrá ser usado de mala fe. Asimismo, si bien la ley de consulta no es perfecta y deja a potestad de la autoridad sectorial la identificación de la medida administrativa que pueda afectarlos, será importante definir en su reglamentación la fórmula de identificación con participación de las organizaciones indígenas nacionales, así como del INDEPA.

Lo que debemos apreciar también es que la consulta previa debe estar integrada a los procesos de planificación estatal previos a la toma de decisiones, especialmente cuando involucran el aprovechamiento de recursos naturales. Este es un paso más a un modelo de democracia participativa que permita la gobernanza en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Elizabeth

2006 *Estrategias para mejorar las consultas del Estado con los pueblos indígenas de la Amazonía peruana*. Tesis de maestría en gestión pública. Cambridge: Harvard University.

ANNINO, Antonio

1995 «Introducción». En: ANNINO, Antonio (comp.). *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX*. De la formación del espacio político nacional. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

CALSAMIGLIA, Albert

2000 *Cuestiones de lealtad*. Barcelona: Paidós.

CARHUATOCTO, Henry

2011 «La consolidación del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, año 1, n.º 1.

CHIRIF, Alberto

2010 «Las observaciones del Ejecutivo: el derecho de consulta versus el autoritarismo» (manuscrito, archivo del autor).

CLAVERO, Bartolomé

1997 «Multiculturalismo y monoconstitucionalismo de lengua castellana en América». En: GÓMEZ 1997: 65-119.

2001 «Estado pluricultural, orden internacional, ciudadanía poscolonial: Elecciones constitucionales en el Perú». *Revista de Estudios Políticos*, 114, pp. 11-39.

CORONADO, Hernán et al.

2010 «Análisis a las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010». Documento de trabajo Centro de Antropología y Aplicación Práctica (manuscrito, archivo del autor). Disponible en: <http://servindi.org/pdf/Analisis_CAAAP.pdf>.

DE LA PUENTE, Lorenzo

2005 *Legislación ambiental en la minería peruana*. Lima: Instituto de Estudios Energético Mineros.

FARRELL, Martín

1995 «¿Hay derechos comunitarios?». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-18, pp. 69-94.

GAMBOA, César

2010 «Retórica constitucional: Reconociendo los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en Perú, Ecuador y Bolivia». *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 2.

2011 «Derecho a la consulta previa, libre e informada: ¿Cambios legales, cambios reales?». En: RAMOS, Gloria. *Informe de Consulta Previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia*. Lima: Congreso de la República.

GIRAUDO, Laura

2007 «Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina». En: GIRAUDO, Laura (ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 7-81.

GÓMEZ, Magdalena (comp.)

1997 *Derecho indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista

HARO, Ricardo

2001 «Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional». *Revista Jurídica del Perú*, 24.

ITURRALDE, Diego

2008 «Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas». En: GIRAUDO, Laura (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América*

Latina contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, pp. 57-94.

KREIMER, Osvaldo

1997 «Una lectura a través del proyecto de declaración americano sobre los derechos de los pueblos indígenas». En: GÓMEZ 1997: 221-232.

KYMLICKA, Will

1995 *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

LARREA, Juan

2000 *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. I, 6.^a ed. Guayaquil: Corporaciones de Estudios y Publicaciones.

MACKAY, Fergus

1999 *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos.

MCFARLAND, Maria

2001 «When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru». *New York International Law and Politics Review*, vol. 33, n.º 2, pp. 561.

RED MUQUI

2010 «Comentarios a las Observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas u Originarios» (manuscrito).

REMIRO, Antonio et al.

1997 *Derecho internacional*. Madrid: Mac Graw-Hill.

RUBERT, Xavier

1999 *De la identidad a la independencia. La nueva transición*. Barcelona: Anagrama.

RUBIO, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUIZ, Segundo

1998 *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SANTOS, Boaventura de Sousa

2009 *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

SARTORI, Giovanni

2001 *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.

SEVILLANO, María

2010 «Análisis sobre el Reglamento de participación ciudadana para la realización de Actividades de hidrocarburos (D.S. N.º 012-2008-EM) y Ley de Consulta, aprobada en el Congreso de la República el 19 de mayo de 2010» (manuscrito archivo del autor).

STAVENHAGEN, Rodolfo

1997 «El marco internacional del derecho indígena». En: GÓMEZ 1997: 43-64.

TIBÁN, Lourdes

2001 *Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador: aplicabilidad, alcances y limitaciones*. Quito: INDESIC / Fundación Hans Seidel.

TRUJILLO, Julio C. et al

2001 *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

VAN BOVEN, T.

1984 «The voice of the Vulnerable. Development. Sedes of Change». *Journal of International Studies*, vol. 14, n.º 2, pp. 127-142.

VILLORO, Luis

1999 *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: Paidós.

[Sobre el autor]

CÉSAR GAMBOA BALBÍN

Peruano. Abogado y Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ha realizado diversas especializaciones en Perú, Ecuador, Costa Rica y España, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, Universidad de Costa Rica, Universidad de Florida, Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Ha sido investigador visitante del Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Euskadi, 2006 y 2009). Ha sido docente en derecho ambiental en la UNMSM y en derecho constitucional en la Universidad Privada San Juan Bautista. Actualmente, ejerce la docencia de formación en el Instituto Nacional de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el Diplomado de Interculturalidad y Pueblos Indígenas Amazónicos de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

Director de Políticas de Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR). Consultor en temas ambientales y de pueblos indígenas. Ha participado en la reciente obra colectiva *Hidrocarburos y Amazonia Peruana ¿Superposición de derechos u oportunidades para el desarrollo sostenible?* (Lima: DAR, 2011).